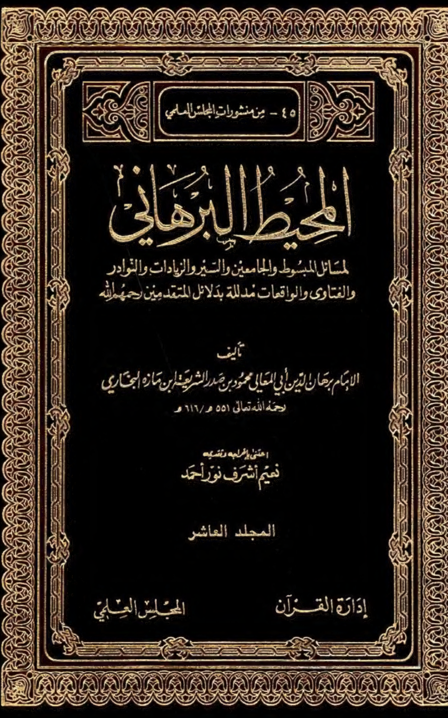

٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد العاشر
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة في العالم الإسلامي

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دی گاردن ایست لسبیله کراتشی ٧٤٥٥٠ باکستان
الهاتف : ٧٢١٦٣٨٨ فاكس : ٠٠٩٢٢١-٧٢٢٣٦٨٨
* اردو بازار، ایم اے جناح روڈ کراتشی تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي ــ بيروت ــ لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض ، السعودية

الفصل الثانى عشر
فى البيع بشرط الخيار

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه
فى بيان ما يصح منه وما لا يصح منه:

١٢٣٩٢- يجب أن يعلم بأن الخيار المشروط فى العقد لا يخلو: إما أن يكون مؤبّدًا، بأن يقول المشروط له الخيار: على أنى بالخيار أبدًا، وفى هذا الوجه العقد فاسد؛ لأن الأبد ينصرف إلى العمر، ويصير تقدير المسألة كأنه قال: على أنى بالخيار مدة عمرى، ولو صرح بذلك، يفسد العقد لجهالة المدة، كذا ههنا، وكذلك لو قال: على أنى بالخيار، ولم يوقت لذلك وقتًا، كان العقد فاسدًا؛ لأن المطلق فيما يحتمل التأبيد ينصرف إلى الأبد، فكأنه قال: على أنى بالخيار أبدًا، وكذلك إذا قال: على أنى بالخيار أيامًا، ولم يبين مقدار ذلك، فالعقد فاسد، وإن ذكر لذلك وقتًا معلومًا، فإن قال: ثلاثة أيام، أو دون ذلك، فالعقد جائز بالاتفاق، وإن قال: أربعة أيام، أو ما أشبه ذلك، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه العقد فاسد، وهو قول زفر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: العقد جائز، والصحيح ما قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن القياس يأبى جواز البيع مع شرط الخيار؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، لكن عرفنا جوازه بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ[1]: «إذا بايعت»، وفى رواية: «إذا ابتعت شيئًا فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام»[2].

وهذا النص مقيد بثلاثة أيام، فبقى ما زاد على الأيام الثلاثة على أصل القياس والنص الوارد فى ثلاثة أيام لا يكون واردًا فيما زاد عليها؛ لأن منع حكم العقد فيما زاد على ثلاثة أيام أكثر، والشيء يدل على مثله، ولا يدل على ما فوقه، والاستدلال بالأجل لا يجوز؛ لأن الأجل أحق فى منع حكم العقد من خيار الشرط؛ لأن الأجل يمنع المطالبة، ولا يمنع وقوع

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: سعد.

(٢) أخرجه ابن ماجه فى "سننه" (٢٣٥٥)، وأخرجه ابن حبان فى "صحيحه" (٤٩٨٣)، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (١٠٢٣٩)، وذكره الحافظ ابن حجر فى "الفتح" (١/ ١٣٩ و١٢/ ١٤٦).

الملك في البدلين، وخيار الشرط يمنع وقوع الملك والمطالبة، فإن سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع بسبب من الأسباب، فالبيع جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: وعليه الثمن، وقال زفر: العقد فاسد، وقبل ذلك العقد موقوف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على ما ذهب إليه أهل خراسان، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع، فسد العقد الآن، وعلى ما ذهب إليه أهل العراق العقد فاسد، فإذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع، ارتفع الفساد، وهو نظير البيع إلى الحصاد، والدياس، إذا سقط الأجل قبل دخول وقت الحصاد والدياس.

وإذا لم يكن الخيار موقتًا بوقت، فلصاحب الخيار أن يختار في الثلاث، فإن مضت الثلاث قبل أن يختار البيع، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز اختياره بعد الثلاث، وينقلب العقد جائزًا، هكذا ذكر في "الأصل".

قال شمس الأئمة الحلواني: إنما ينقلب جائزًا عندهما، إذا أسقطا الخيار إلى شهر، أما إذا أسقطاه بعد مضي الشهر، لا ينقلب جائزًا عندهما.

وفي "القدوري": إذا أسقطا الخيار في أي وقت أسقطا، فالبيع جائز على قولهما، وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن هذا البيع جائز؛ لأن الخيار ملائم بالعقد، فصح شرطه من غير توقيت، كخيار الرؤية، وخيار العيب، إلا أنه يقول على هذه الرواية: يجبر من له الخيار على أن يمضي البيع، أو يفسخ، وروى عنه رواية أخرى: أنه قال: إذا اجتمعا، فإن أجاز البيع، وإلا فسخت، وعنه رواية أخرى: أنه إذا لم يكن للخيار مدة، فلكل واحد منهما إبطال العقد، وقال محمد: إذا كان الخيار للمشتري غير موقت، فليس للبائع [فسخ][1] العقد، وإنما ذلك إلى المشتري.

١٢٣٩٣- وفي "القدوري": ولو كان الخيار إلى قدوم فلان، أو موته، أو إلى أن يهب الريح، فأبطلا الخيار، لم يجز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر عبدًا، أو ثوبًا، أو ما أشبه ذلك على أن المشتري فيه بالخيار ثلاثة أيام بعد ما مضى شهر رمضان، قال: هذا جائز، وله الخيار في شهر رمضان كله، وثلاثة أيام بعده، وكذلك لو شرط الخيار للبائع.

١٢٣٩٤- ولو كان البائع قال للمشتري: لا خيار لك في شهر رمضان، ولكن الخيار بعد ذلك ثلاثة أيام أو قال المشتري للبائع: لا خيار لك شهر رمضان، ولكن الخيار بعده ثلاثة

(١) هكذا في النسختين: "ف" و"م"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": تسليم العقد.

أيام][1]، فالبيع فاسد.

١٢٣٩٥- وفي "الفتاوى": إذا شرط للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان، والشراء في آخر رمضان، فالشراء جائز، وله الخيار ثلاثة أيام، اليوم الآخر من شهر رمضان ويومين بعده؛ لأنه سكت عن الخيار وقت العقد، فيمكن تصحيح هذا العقد باشتراط الخيار وقت العقد ويومين بعد رمضان، ولو قال: لا خيار له في رمضان، فالبيع فاسد؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العقد، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا باع بيعًا، وشرط الخيار لنفسه يومًا بعد سنة، فالبيع جائز، ولا خيار له في السنة، فإذا مضت السنة، فله الخيار يومًا.

١٢٣٩٦- وإذا باع من آخر ثوبًا بعشرة دراهم، ثم إن البائع قال للمشتري: لي عليك الثوب، أو عشرة دراهم، قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": هذا عندنا خيار، وإذا باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فالبيع جائز، والشرط جائز، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى المسألة في "الأصل".

واعلم بأن هذه المسألة على وجوه: إما إن لم يبين الوقت أصلا، بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن، فلا بيع بيننا، أو بين وقتًا مجهولا، بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن أيامًا، وفي هذين الوجهين العقد فاسد، وإن بين وقتًا معلومًا إن كان ذلك الوقت مقدرًا بثلاثة أيام، أو دون ذلك، فالعقد جائز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، والقياس يأبى جواز العقد مع هذا الشرط، وبه أخذ زفر رحمه الله تعالى؛ لأنه شرط لا يقتضيه البيع، فإنه شرط الفسخ، متى لم ينقد الثمن ثلاثة أيام، والبيع لا يقتضي الفسخ، متى لم ينقد الثمن ثلاثة أيام، وفيه منفعة للبائع، فإن المبيع يعود إلى ملكه، متى لم ينقد المشتري الثمن ثلاثة أيام، لكنا تركنا القياس فيما إذا كان الوقت مقدرًا بثلاثة أيام، لحديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، فإنه روى أنه باع ناقة له من رجل على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، والمروي عن الصحابة فيما لا يعرف قياسًا، كالمروي عن النبي عليه الصلاة والسلام، ولأن هذا شرط متعامل فيما بين الناس، يشرطون ذلك فيما بينهم لدفع الغبن عن أنفسهم، متى لم ينقد المشتري الثمن، والقياس يترك بالتعامل.

وإن بين المدة أكثر من ثلاثة أيام، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: البيع فاسد، وقال محمد رحمه الله تعالى: البيع جائز، قال شيخ الإسلام: سوى أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين خيار الشرط، فلم يجوز أكثر من ثلاثة أيام فيهما، ومحمد رحمه الله تعالى سوى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسخة "ف".

بينهما أيضًا، فجوز فيهما أكثر من ثلاثة أيام، ولم يذكر محمد قول أبي يوسف.

١٢٣٩٧- وفي "نوادر ابن سماعة" : قال : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول : في رجل قال لآخر : بعتك عبدي هذا بألف درهم، فإن لم تأتني بالثمن إلى سنة فلا شيء بيني وبينك، قال : هذا فاسد، وليس هذا بمنزلة الخيار، وقال على هذه الرواية : لو نقد المشتري الثمن في الثلاث، وقال للبائع : خذه، فلا أريد تأخيره، فإني أجيزه، ولم يذكر، فهذه الرواية دليل أن أبا يوسف رحمه الله تعالى في هذه الصورة جوز البيع بهذا الشرط، والفرق له على هذه الرواية بين هذا الشرط وبين شرط الخيار أن القياس يأبى الجواز مع هذا الشرط، ومع شرط الخيار، وإنما تركنا القياس في الموضعين بالنص، والنص مع هذا الشرط مقيد بثلاثة أيام، وفي شرط الخيار ورد النص بالزيادة على ثلاثة أيام.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه رجع عن قوله : بفساد البيع مع هذا الشرط أكثر من ثلاثة أيام، وقال بجوازه مثل قوله في شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، والحاصل أن هذا البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري، فإذا بين المدة أكثر من ثلاثة أيام، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ويرتفع الفساد بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه أهل العراق، وعلى ما ذهب إليه أهل خراسان العقد موقوف، فإذا مضى اليوم الثالث، ولم ينقد الثمن الآن، يفسد العقد.

١٢٣٩٨- وإذا باع عبدًا، ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن، فلا بيع بينهما، فهو جائز، وهو بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع، ويجوز شرط الخيار بعد البيع، كما يجوز شرطه وقت البيع، حتى إن المشتري إذا قال للبائع : أو البائع قال للمشتري بعد تمام البيع : جعلتك بالخيار ثلاثة أيام، أو ما أشبه ذلك، صح، وكان بالخيار كما شرطا له وإن كان الخيار فاسدًا، فسد العقد به عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : لا يفسد، وهو نظير ما لو ألحق شيئًا من الشروط الفاسدة بالعقد الصحيح.

١٢٣٩٩- ومن باع من آخر شيئًا، وقبض المشتري المبيع، ومضى أيام، فقال البائع للمشتري : أنت بالخيار، فله الخيار ما دام في المجلس؛ لأن هذا بمنزلة قوله : لك الإقالة، ولو قال : أنت بالخيار ثلاثة أيام، فله الخيار ثلاثة أيام، كما بينا في "الفتاوى".

١٢٤٠٠- وإذا اشترى الرجل شيئًا على أنه بالخيار إلى الغد، أو إلى الظهر، دخلت الغاية في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه [وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : لا

يدخل حتى كان له الخيار فى الغد والليل وفى وقت الظهر عند أبى حنيفة رحمه الله][1] خلافًا لهما، هكذا ذكر المسألة فى "الأصل".

وذكر الحسن بن زياد فى "المجرد": عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف ما ذكر فى "الأصل"، فقال: إذا باع على أنه بالخيار إلى الليل، فله الخيار ما بينه وبين أن تغيب الشمس، فإذا غابت الشمس، بطل خياره عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٢٤٠١- إذا قال للمشترى: خذه وانظر إليه اليوم، فإن رضيته، أخذته بعشرة، فهو خيار، وكذلك إذا قال: هو بيع لك، إن شئت اليوم.

١٢٤٠٢- وفى "الفتاوى": باع عبدًا على أنه بالخيار على أن له أن يفعله ويستخدمه، جاز، وعلى خياره، بخلاف ما لو باع كرمًا على أن يأكل من ثمره، حيث لا يجوز؛ لأن المنفعة لا حصة لها من الثمن، وللثمن حصة من الثمن -والله أعلم-.

نوع آخر
فى بيان عمل الخيار، وحكمه:

١٢٤٠٣- إذا كان الخيار مشروطًا للبائع، فالبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد؛ لأنه دخل على العقد، فأوجب تعليقه، ونفس العقد لا يقبل التعليق، وحكمه وهو الملك يقبل، فيخير فى هذا الحكم بين أن يثبت وبين أن لا يثبت، كما يخير فى الابتداء بين أن يباشر العقد وبين أن لا يباشر، وكان هذا هو الحياة الأصلية والثمن يخرج عن ملك المشترى بالاتفاق؛ لأن المانع عن عمل العقد شرط الخيار، ولا شرط فى جانب المشترى، فيعمل العقد فى جانب المشترى، وعمل العقد فى جانبه فى إزالة الثمن عن ملكه، فلهذا قلنا: إن الثمن يزول عن ملك المشترى، وهل يدخل فى ملك البائع؟ على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا يدخل، وعلى قولهما يدخل، وإذا كان الخيار للمشترى، فالثمن لا يزول عن ملكه، والمبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق على نحو ما ذكرنا فى خيار البائع، وهل يدخل المبيع فى ملك المشترى؟ على قول أبى حنيفة رضى الله عنه: لا يدخل، وعلى قولهما: يدخل.

وجه قولهما: إن المانع من عمل العقد شرط الخيار، ولا شرط فى جانب البائع، فيعمل العقد فى جانبه، وعمل العقد فى جانبه إزالة المبيع عن ملكه إلى ملك المشترى، ولأبى حنيفة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

رضى الله تعالى عنه أن الشراء كما هو علة زوال الثمن عن ملك المشترى، فهو شرط دخول المبيع فى ملكه، ولهذا توقف دخول المبيع فى ملك المخاطب على قبوله، والخيار دخل على الشراء مطلقًا، فكما يمنع عمله من حيث إنه علة يمنع من حيث إنه شرط.

ويبتنى على هذا الأصل المختلف مسائل: منها: أن من اشترى زوجته على أنه بالخيار ثلاثة أيام، لم يفسد النكاح عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما يفسد، فإذا وطئها، فله أن يردها بحكم الخيار عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما ليس له ذلك.

ووجه البيان أن خيار المشترى لما منع دخول المبيع فى ملكه عنده، فالمشترى لم يملك زوجته عنده، فلا يفسد النكاح، ويكون الوطء حاصلا بحكم ملك النكاح، لا بملك اليمين، فيضاف الخيار إلى البائع، فلا يمنع الرد عندهما خيار الشرط؛ لما لم يمنع دخول المبيع فى ملك المشترى ملك المشترى امرأته، فيفسد النكاح، وكان الوطء حاصلا بحكم ملك اليمين، فيمنع الرد.

ومنها: أن المشترى بشرط الخيار للمشترى إذا كان ذو رحم محرم من المشترى بجهة القرابة لم يعتق عليه عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأنه لم يملكه، وخياره على حاله، وعندهما يعتق، وبطل خياره.

١٢٤٠٤- ومنها: أن المشترى إذا كانت جارية، وقبضها المشترى، فحاضت فى يد المشترى فى مدة الخيار بعض الحيض، وأجاز المشترى العقد، لا يجتزئ بتلك الحيضة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن بعضها حصلت خارج ملك المشترى، وعندهما يجتزى بتلك الحيضة، فإذا فسخ المشترى العقد، ورد الجارية على البائع، لا يجب على البائع الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، سواء حصل الفسخ والرد قبل القبض أو بعده، وعندهما إن كان الفسخ والرد قبل القبض، لا يجب على البائع الاستبراء استحسانًا، والقياس أن يجب، وإن كان الفسخ والرد بعد القبض، يجب على البائع الاستبراء قياسًا واستحسانًا بمنزلة العقد البات.

١٢٤٠٥- ومنها: أن المشترى إذا كان قبض المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عند البائع فى مدة الخيار، ثم هلك فى يد البائع فى مدة الخيار، أو بعدها، هلك على البائع، وبطل البيع عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن عنده المشترى لم يملك، وقد ارتفع قبضه بالرد على البائع، فكان الهلاك على ملك البائع، وعندهما يهلك على المشترى ويلزمه الثمن؛ لأن عندهما ملك المشترى، فصار مودعًا ملك نفسه، ويد المودَع يد المودع، فصار هلاكه فى يد

البائع كهلاكه فى يد المشترى .

ومنها : عبد مأذون له فى التجارة، اشترى من آخر سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم إن البائع أبرأه عن الثمن، صح الإبراء استحسانًا، وخياره على حاله عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، إن شاء، أجاز، وتكون السلعة له بغير ثمن، وإن شاء، فسخ، وعاد السلعة [إلى البائع بغير الثمن، وعندهما بطل خياره، لأن عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه العبد لم يملك السلعة][(١)]، فيكون الرد والفسخ امتناعًا من التملك، والعبد يملك ذلك، كما إذا وهب له هبة، فامتنع عن القبول، وعندهما يملك السلعة، فالرد والفسخ من العبد يكون تمليكًا من البائع بغير بدل، وأنه اصطناع بالمعروف، والعبد لا يملك ذلك .

ومنها : إذا باع عبدًا بجارية، وشرط الخيار لبائع العبد، فأعتق مشترى العبد الجارية أو العبد، لا ينفذ عتقه، أما فى الجارية لأنها خرجت عن ملكه، وأما فى العبد لأنه لم يملكه، ولو أعتق بائع العبد العبد، نفذ عتقه ؛ لأنه بقى على ملكه، وانتقض البيع، ولو أعتق الجارية، نفذ العتق، ولزم البيع ؛ لأنه إن لم يملك الجارية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، فهو سبيل من إثبات الملك لنفسه فيها بإسقاط الخيار، فتضمن الإعتاق إسقاطًا للخيار، ولو أعتقهما معًا، يعنى بائع العبد نفذ عتقه فيهما، وانتقض البيع، وعليه قيمة الجارية فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ؛ لأن العبد بقى على ملكه، فنفذ عتقه فيه، وحال ما أعتق العبد كان سبيل من إعتاق الجارية بإلزام العقد، ينفذ العتق فيهما، لكن بدل الجارية قد هلك قبل التسليم، فأوجب ذلك فسخًا للعقد فى الجارية، فوجب ردها، وقد عجز عن ذلك بسبب العتق، فضمن قيمتها .

١٢٤٠٦ - قال بشر : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول : رجل اشترى عبدًا على أنه بالخيار، ثم أجبر البائع على دفع العبد إلى المشترى، ولا أجبر المشترى على دفع الثمن إليه، ولو دفع المشترى الثمن، أجبر البائع على دفع العبد إليه، ولو دفع البائع العبد إلى المشترى، أجبر المشترى على دفع الثمن، وله الخيار، ولو كان الخيار للبائع، ونقد المشترى الثمن، وأراد أن يقبض العبد، فمنعه البائع، فله ذلك، غير أنه يجبر البائع على رد الثمن .

١٢٤٠٧ - قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : خيار الشرط يمنع تمام الصفقة [لأنه يمنع ثبوت الحكم، وهو الملك، ويمنع اللزوم، وكان مانعا تمام الصفقة][(٢)]؛ لأن تمامها بثبوت جميع أحكامها، فإذا كان الخيار للمشترى، والمبيع شيء واحد، أو أشياء، لم يكن له أن يجيز العقد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

في البعض دون البعض، سواء كان المبيع مقبوضا، أو لم يكن؛ لأنه تفريق الصفقة قبل التمام، وأنه لا يجوز، بخلاف ما بعد التمام حيث يجوز التفريق، والفرق أن في الحالين توجه ضرران: ضرر البائع وضرر المشتري، فيجب دفع الأقوى بتحمل الأدنى عند تعذر دفعهما، وقبل التمام ما يلحق البائع من الضرر بتفريق الصفقة أقوى مما يلحق المشتري بعد تمام التفريق؛ لأن ضرر البائع ضرر مالي؛ لأن ضم الرديء إلى الجيد لترويج الكل بالثمن الجيد معتاد فيما بين الناس، فلو جاز التفريق، فالمشتري يأخذ الجيد، ويرد الرديء، ويتعذر على البائع ترويج الرديء بعد ذلك بثمن الجيد، فيلحق البائع ضرر مالي من هذا الوجه، أما ما يلحق المشتري من الضرر بعدم صحة التفريق قبل التمام ليس بضرر مالي، بل فيه ضرر بطلان قوله، حيث لا يصح قبوله العقد في البعض أو لا يصح رده البعض، وأنه مجرد قول، فإبطال مجرد القول في الضرر دون إبطال المال، فأما بعد تمام الصفقة ما يلحق المشتري من الضرر برد الكل أكثر مما يلحق البائع برد البعض؛ لأن برد الكل يبطل حق المشتري عن التسليم من غير رضاه، وأنه ضرر مالي، وإن كان بعوض، وما يلحق البائع برد البعض موهوم، فإنه عسى يتهيأ له بيع المعيب بثمن السلم، فكان ضرر المشتري أكثر في هذه الصورة، فهذا هو الفرق بين الصورتين.

١٢٤٠٨- ولو كان الخيار للبائع والمبيع مقبوض، فهلك بعضه، أو استهلكه إنسان، فللبائع أن يجيز البيع في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد: إذا كان المبيع مما يتفاوت، فهلك واحد منه، انتقض البيع، وليس للبائع أن يجيز في الباقي، وإن كان مكيلا أو موزونًا، أو معدودًا غير متفاوت، فهلك بعضه، فللبائع أن يلزمه البيع فيما بقي، وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن خيار البائع لما منع زوال ملك البائع، كانت الإجازة بمعنى ابتداء التمليك، ولما كان هكذا، تعذر إثباتها في الهالك لعدم المحل، كإجازة المالك بيع الفضولي بعد هلاك المبيع، وتعذر إثباتها في القائم، إذا كان شيئًا متفاوتًا؛ لأنه حينئذٍ يكون تمليكًا للقائم بحصته من الثمن، وأنه مجهول، بخلاف ما إذا كان شيئًا لا يتفاوت؛ لأن حصته من الثمن معلوم، فأمكن اعتبار الإجازة في الباقي، ولهما أن علة الملك وهي التمليك صدرت ممن له ولاية التمليك، وهو المالك، إلا أن حكم العلة، صار مستثنى بالخيار، فإذا سقط الخيار بالإجازة، التحق الحكم بالعقد، فيثبت الحكم من الابتداء من كل وجه، ولما كان هكذا، كان المتفاوت وغير المتفاوت سواء.

وما قال: بأن الإجازة بمعنى ابتداء التمليك فاسد؛ لأن الحكم لا يتوقف على وجود

الإجازة، فإنه يثبت بدونها بمعنى المدة، وكذلك بموت من له الخيار، ولو كان لها حكم ابتداء التمليك؛ لما ثبت بدونها، بخلاف الإجازة فى بيع الفضولى؛ لأنها بمعنى ابتداء التمليك، ولهذا يتوقف ثبوت الحكم على وجودها، وهذا لأن الإجازة فى بيع الفضولى معملة للعلة، وهى التمليك، لصدورها من غير المالك، والعمل للعلة يعطى له حكم العلة، فاعتبر قيام المحل عند الإجازة، أما ههنا الإجازة ليس لها حكم إعمال العلة؛ لما ذكرنا أن العلة صدرت عن المالك، إلا أن حكمها صار مستثنى بالخيار، فإذا سقط الخيار، ثبت الحكم من الابتداء من كل وجه، فلم تكن الإجازة فى معنى ابتداء التمليك أصلا، فلا يعتبر قيام الملك عند الإجازة.

١٢٤٠٩- ولو استهلك مستهلك المبيع فى يد المشترى، فللبائع أن يلزمه البيع، ويأخذ الثمن فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى بعد ذلك: ليس للبائع أن يلزمه إلا أن يرضى المشترى؛ لأن المبيع قد تغير قبل ثبوت الحكم، فيثبت الخيار للمشترى، كما فى البيع البات قبل القبض، بل أولى؛ لأن هناك يثبت ملك الرقبة، إن لم يثبت ملك التصرف، وههنا لم يثبت الملك أصلا، وأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه مرّ على الأصل الذى قلنا: إن الحكم عند الإجازة لما كان يثبت من وقت العقد من كل وجه، صار كما لو كان العقد باتًا من الأصل، واستهلك أجنبى المشترى فى يد للمشترى، وهناك لا يثبت الخيار للمشترى، فههنا كذلك.

١٢٤١٠- ولو هلك أحد العبدين فى يد البائع، لم يكن له أن يلزم المشترى العبد الباقى إلا برضاه؛ لأن فيه تفريق الصفقة على المشترى قبل التمام، وصار كما لو كان العقد باتًا من الأصل.

نوع آخر فى بيان ما ينفذ به هذا البيع، وما لا ينفذ وما ينفسخ به هذا البيع، وما لا ينفسخ:

١٢٤١١- فنقول: شرط الخيار إذا كان للبائع، فنقول: العقد بمعانٍ: أحدها: أن يجيز البيع صريحًا، سواء كان المشترى حاضرًا أو غائبًا.

الثانى: أن يموت البائع فى مدة الخيار؛ لأنه يعجز عن التصرف بحكم الخيار فى آخر جزء من أجزاء حياته، فيسقط خياره ضرورة.

الثالث: أن تمضى مدة الخيار من غير فسخ من جهته؛ لأن بمضى مدة الخيار يسقط الخيار، وهو المانع من نفوذ العقد، وكذا إذا أغمى عليه، أو جن حتى مضت الأيام الثلاثة، ولو

أنه أفاق في مدة الخيار، حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: أنه لا يكون على خياره [وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه على خياره][١] قال رحمه الله تعالى: وهو منصوص في المأذون، وهو الأصح.

وإن سكر من الخمر، لم يبطل خياره؛ لأنه عد عاقلا كما في الطلاق، وإن سكر من البنج، يبطل حتى لو زال السكر من البنج، ليس له أن يتصرف بحكم الخيار، هكذا حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي، والصحيح أنه لا يبطل.

وإن ارتد، وعاد إلى الإسلام في المدة، فهو على خياره إجماعًا، وإن مات، أو قتل على الردة، بطل خياره إجماعًا، وإن تصرف بحكم الخيار بعدها، توقف تصرفه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ونفذ عندهما، وفسخه بأحد أمرين: إما بالقول أو بالفعل، إما بالقول بأن يقول: فسخت، فبعد ذلك ينظر، إن كان المشترى حاضرًا، يصح الفسخ، ولا يحتاج فيه إلى قضاء، أو رضاء، وإن كان غائبًا، لا يصح الفسخ، ويكون موقوفًا عند أبي حنيفة محمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

والمراد بالحضرة المذكورة في هذه المسألة العلم بالفسخ في مدة الخيار، حتى إن المشترى إذا علم بالفسخ، صح الفسخ، وإن لم يكن حاضرًا، وإن علم بعد مضى المدة تم البيع؛ لأن تمام المدة دلالة لزوم البيع، فإذا اعترض في حال توقف الفسخ، أبطل الفسخ، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن صاحب الخيار تصرف برضاء صاحبه، فلا يشترط علم صاحبه، كالوكيل بالبيع إذا باع؛ فإنه لا يشترط علم الموكل لصحة البيع؛ لما قلنا، كذا هنا.

بيانه: أن ولاية النقص بحكم شرط الخيار، وصاحبه شاركه في شرط الخيار، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى في "النوادر" مثل قولهما، ولهما أن صاحب الخيار بالفسخ يلزم حكمًا مبتدأ على صاحبه، ولصاحبه فيه ضرر، إذا لم يعلم به، ويعنى بهذا الفسخ فسخ العقد، فإن العقد ثابت لا في حق الحكم، ففسخه ورفعه يكون حكمًا مبتدأ، وإنما قلنا: لصاحبه فيه ضرر، إذا لم يعلم به؛ لأنه يبتنى على هذا [الفسخ][٢] أحكام يلزمه أداءها، فإذا كان لا يشعر بها، يمضى على موجب العقد، ولا يؤدى تلك الأحكام، فيؤاخذ بسبب تركها، وهذا الضرر إنما جاء من ناحية الفسخ بلا علم، فيكون هذا ضررًا منه لصاحبه، فوجب أن لا يصح من غير علم صاحبه دفعًا للضرر عن صاحبه، ألا ترى أن من له خيار العيب إذا أراد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسخة "ف".

الرد قبل القبض، لا يصح من غير علم صاحبه، وإنما لا يصح دفعًا للضرر من صاحبه؛ لأن بالرد يعود العبد إلى ملك البائع، ويبتنى على الملك أحكام يجب أداءها، فإذا كان لا يعلم به، لا يؤدى، فيؤاخذ بترك الأداء، فلم يصح من غير علمه دفعًا للضرر عنه، ولا يلزم على ما قلنا [في] الإجازة؛ لأنه لا ضرر على صاحبه في الإجازة من غير علمه، فلا يتوقف صحتها على علمه، ولأنه لازم في حقه قبل الإجازة، فما لزمه أمر جديد بالإجازة، وأما الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك، كما إذا أعتق أو دبّر، أو كاتب؛ لأن هذه التصرفات مختصة بالملك، ولا يحتاج إليها للاختيار، فكان اختيار الملك دلالة، واختيار الملك يوجب نقض البيع؛ ولأن بعد هذه التصرفات يتعذر عليه الإجازة؛ لأن الحر ليس بمحل لابتداء البيع، فلا يكون محلا لإجازة البيع فيه.

والأصل في العقد الموقوف إذا حدث فيه ما يتعذر به الإجازة أن ينفسخ العقد؛ لأنه مشروع للإجازة لا بعينه، وكذلك إذا باع من غيره؛ لأن البيع من التصرفات المختصة بالملك؛ ولأن البيع قد نفذ؛ لأنه لاقى ملك البائع، والعقد النافذ إذا طرأ على العقد الموقوف، أوجب انفساخه، وكذلك لو وهب وسلم، ينفسخ البيع، ولو وهب ولم يسلم، لا ينفسخ، وإذا رهن وسلم، ينفسخ البيع، وإذا أجرى ذكر هذه المسألة في بعض المواضع، وقال: لا يكون فسخًا ما لم يسلم إلى المستأجر، وذكر في بعضها أنه يكون فسخًا، وإن لم يسلمه إلى المستأجر، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، ثم تصح هذه التصرفات بغير محضر من المشترى بلا خلاف، وإن كان هذه التصرفات توجب فسخ البيع، والمشروط له الخيار لا يملك فسخ البيع حال غيبة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن الفسخ بهذه التصرفات يثبت حكمًا لا قصدًا، وقد يثبت الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدًا، وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى ما يدل على اشتراط حضرة صاحبه، وستأتي تلك الرواية بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٢٤١٢- وفي "المنتقى": إذا باع عبدًا على أن البائع فيه بالخيار، ثم إن البائع أخذ الثمن من المشترى، فذلك ليس بإمضاء للبيع، ولو أخذ بالألف من المشترى مائة دينار، وكان هذا إجازة للبيع، قال: لأنه عمد إلى الثمن بعينه، فباعه، ولو قبض منه الألف، ثم باعها منه، أو من غيره، لم يكن ذلك إجازة منه للبيع؛ لأن هذه الألف التي باعها قضاء من الألف التي على المشترى.

والحاصل في هذه المسائل أن الثمن إذا كان شيئًا يتعين بالتعيين، فإذا قبض البائع الثمن،

وتصرف فيه من بيع أو هبة، فذلك إمضاء للبيع؛ لأن تصرفه صادف عين المستحق بالعقد، فكان تقريرًا للملك فيه، فيكون دليلا للإجازة، وإن كان الثمن شيئًا لا يتعين بالتعيين، كالدراهم، فتصرف فيه بعد ما قبض مع المشترى، أو مع غيره، فذلك ليس بإمضاء للبيع، وإن تصرف فيه قبل القبض مع المشترى، بأن اشترى منه بالثمن ثوبًا، أو صارفه من الألف على مائة دينار، فذلك إجازة للبيع، والفرق أن التصرف قبل القبض أضيف إلى غير ما هو مستحق بالعقد؛ لأنه لا حق للبائع فى ذمة المشترى إلا ما هو ثمن، وكان تصرفه تقريرًا للملك فيه، فيكون دليل الإجازة، أما بعد القبض التصرف ما أضيف إلى ما هو مستحق بعينه؛ لأن ما يدخل تحت القبض غير مستحق بالعقد.

وفى "القدورى": لو اشترى البائع بالثمن شيئًا من غيره، لم يصح الشراء، ولزمه البيع.

١٢٤١٣ - وفيه أيضًا: رجل باع جارية بعبد رجل، وشرط بائع الجارية الخيار لنفسه فى الجارية، ثم إنه وهب العبد الذى اشتراه بالجارية، أو عرضه على بيع، فهو إمضاء للبيع.

ولو كان باع الجارية بألف درهم على أنه بالخيار فى الجارية، وقبض الألف، ثم وهبه، أو أنفقه، فهو على خياره؛ لأن له أن يدفع غيره، ولو لم يكن قبض الثمن من المشترى حتى اشترى منه بالألف شيئًا، أو صارفه على مائة، فهذا نقض لخياره، وإمضاء لبيعه.

١٢٤١٤ - وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع عبدين من رجل على أن البائع فيهما بالخيار، ثم إن البائع نقض البيع فى أحدهما بعينه، أو بغير عينه، فنقضه باطل، وكأنه لم يتكلم بشىء، ولا يكون نقضه نقض البيع لجميعه، ولالشىء منه، وله أن يجيز البيع كله بعد ذلك، وكذلك لو باع عبدًا واحدًا على أنه بالخيار فيه، ثم قال: قد نقضت البيع فى نصفه، كان ذلك باطلا، وصار كأنه لم يتكلم بشىء، وله أن يجيز البيع فى الكل بعد ذلك.

١٢٤١٥ - فى "المنتقى": باع من آخر بيضة على أن البائع فيها بالخيار، ثم خرج منها فرخ بغير صنع المشترى، فليس للبائع أن يجيز ذلك على المشترى، علل، فقال: من قِبل أنه قد تحول عن حاله، وكذلك إذا باع كفرى على أنه بالخيار فيه، فصار تمرًا بعد القبض، وهذا إشارة إلى أن هذا العقد لا يبطل، وهكذا ذكر فى "الزيادات".

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته": أنه يبطل؛ لأنه لو بقى، يبقى مع الخيار، فيقدر البائع على الإجازة، وإن أبى المشترى، وهذا لا يجوز؛ لأن المبيع صار شيئًا

آخر، ولو لم يكن فى البيع خيار البائع، فالبيع باقٍ، والمشترى بالخيار إن شاء، أخذ، وإن شاء، ترك؛ لأنه لو بقى البيع، لا يلزم المشترى إلا إذا شاء، وهذا جائز بعد تغير المبيع.

١٢٤١٦- وفى "نوادر عيسى بن أبان" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع من رجل أرضًا بعبد على أن البائع بالخيار، وتقابضا، ثم تناقضا العقد، فالأرض فى يد المشترى مضمونة فى يده بالقيمة؛ لما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ويكون [المشترى الأرض أن يحبس الأرض من البائع إلى أن يرد العبد عليه، وإن أذن بائع الأرض للمشترى فى زراعتها، خرج الأرض من الضمان، وصارت عارية للبائع فى يد المشترى، وللبائع أن يأخذها، متى شاء، فإن كان المشترى زرع الأرض، كان][1] للمشترى أن يمسكها بأجر المثل، ويمنع البائع عنها إلى أن يستحصد الزرع، وإن أراد المشترى بعد ما زرعها أن يمنع الأرض من البائع حتى يسترد العبد، ليس له ذلك؛ لأنه حين زرعها بإذنه، فكأنه سلمها إليه، وإن أبى المشترى أن تكون الأرض فى يده بأجر المثل إلى وقت إدراك الزرع، وكره قلع الزرع أيضًا، وأراد تضمين رب الأرض الزرع، كان له ذلك، إذا كان قد أذن له فى زراعتها إلى أن يدرك الزرع إلا أن يرضى البائع أن يترك الزرع فيها، حتى يستحصد بغير شىء.

وإن كان الخيار للبائع فى عبد باعه، فقال البائع للعبد: أنت حر، إن دخلت الدار، أو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، لم يكن هذا نقضًا للبيع، وكذلك إذا قال للعبد: أنت حر، أو هذا العبد الآخر، ذكر المسألة فى "المنتقى".

١٢٤١٧- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا باع عبدًا على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام، ثم قال له: أنت حر، أو هذا العبد، لم يكن هذا نقضًا للعقد، فإذا مضى أجل الخيار قبل أن ينقض البيع وجب البيع، وعتق العبد الآخر.

١٢٤١٨- وفى "المنتقى" أيضًا: إذا باع رخامًا على أن البائع فيه بالخيار، فطحن به البائع، فهو نقض للبيع؛ لأنه لا يحتاج إلى الطحن للاختيار، وليعرف ما يطحن يومًا، فتعين أن يكون الطحن اختيارًا للملك، وإذا كان الخيار للبائع، فعرض المبيع على البيع، ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: أنه إن كان بمحضر من صاحبه، ينفسخ البيع، وإن كان بغير محضر من صاحبه، لا ينفسخ البيع، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: العرض على البيع من البائع ليس بفسخ على كل حال، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله تعالى، وذكر شيخ الإسلام فى "شرحه": أن فيه روايتين.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

١٢٤١٩- وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى: البائع إذا عرض المبيع على البيع، لا يبطل خياره، وعلل، فقال: لأن نقضه لا يجوز بغير محضر من المشترى، فهذا التعليل يشير إلى أن العرض على البيع لو كان بمحضر من المشترى أنه يكون نقضًا للبيع.

وإذا هلك المبيع في يد البائع [انفسخ البيع، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشترى، وإن هلك في يد المشترى، والخيار للبائع][١]، أو المشترى، فإن هلك في الأيام الثلاثة، فعلى المشترى قيمته، وإن هلك بعد مضى الأيام الثلاثة، فعلى المشترى الثمن؛ لأن بمضى المدة تم العقد، ولزم الثمن، فلا ينفسخ بالهلاك في يد المشترى بعد ذلك، فيبقى الثمن لازما، فأما إذا هلك في الأيام الثلاثة، فقد انفسخ العقد بهلاك المبيع؛ لأن الخيار قائم، وهذا لأن المبيع بالهلاك والموت وإن تعيب في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأن الموت لا يخلو عن سابقة عيب، إلا أن العيب الحادث في يد المشترى لا يعجز البائع عن الفسخ، والإجازة بحكم الخيار، فلاينافي بقاء الخيار؛ لأن بقاء الخيار حينئذٍ يكون مفيدًا، وإذا كان الخيار قائمًا عند الهلاك، كان العبد مملوكًا للبائع، فيهلك على ملكه، وينفسخ العقد ضرورة، ولايضمن المشترى الثمن، ولكن يضمن القيمة؛ لأنه في معنى المقبوض على سوم الشراء؛ لأن المشترى إنما قبضه ليتملكه بعوض عسى، كما في المقبوض على سوم الشراء، فيضمن القيمة عند العجز عن الرد، كما في تلك المسألة.

١٢٤٢٠- وفي "المنتقى": رجل باع من آخر جارية على أن البائع فيها بالخيار، ودفعها إلى المشترى، فأعتقها المشترى، أو زوجها في مدة الخيار، ثم إن البائع أجاز البيع فيها، لا يجوز عتق المشترى ولا تزويجه، وقد نقض البائع التزويج بإجازته البيع، وإحلاله فرجها للمشترى، ولو كان الزوج وطئها وهي بكر، ثم نقض البائع البيع فيها، وقد نقصها الوطء مائة درهم، وعقرها مائتا درهم، فالبائع بالخيار، إن شاء، اتبع الزوج بالعقر تامًا، ولم يرجع به الزوج على أحد، وإن شاء، اتبع المشترى بنقصان الوطء، ورجع المشترى على الزوج الواطئ بالمائة التي ضمن، ولو لم يكن البائع دفع الأمة إلى المشترى، أو زوجها المشترى رجلا، وهي في يد البائع، فوطئها الزوج، ثم أجاز البائع البيع، لم ينقصها الوطء؛ لأنها ثيب، فالنكاح فاسد، إذا فسخه المشترى، ولا يبطل ما لم يفسخه؛ لأن فرجها لم يحل للمشترى بإجازة البائع البيع، وللمشترى على الواطئ مهر مثلها، وإذا فسخ النكاح، ولا خيار للمشترى في رد الأمة بالوطء الذي كان عند البائع من قِبل أن الوطء لم ينقصها، وإن كان هذا الوطء زنا، كان هذا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عيبًا يرد منه .

١٢٤٢١- قال هشام : سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل باع دارًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فتوارى المشترى فى بيته ، أراد أن يمضى الثلاث ، فيجب له البيع ، هل يؤخذ فى هذا بالإعذار؟ قال : نعم ، ابعث إليه من يعذره فإن ظهر ، وإلا أبطلت خياره ، إلا أن يجىء فى الثلاث ، قلت : فإن لم يأت الخصم فى الأيام ، حتى كان آخر الأيام الثلاثة أتاك فى وقت لا تستطيع أن تبعث إليه من قِبلك الإعذار ، فسألك أن تبطل الخيار عليه ، قال : لا أفعل ذلك ، قلت : فإن قال الخصم : إنى قد أعذرت إليه ، وأشهدت ، فاختفى منى ، فاشهد لى بذلك ، قال : أقول : اشهدوا أن هذا قد زعم أنه قد أعذر إلى صاحبه فى الأيام الثلاثة كان يأتيه عند كل يوم ، فيعذر إليه ، فيختفى منه ، فإن كان الأمر كما قال ، فقد أبطلت عليه الخيار ، فإذا ظهر بعد ذلك ، وأنكر ، سألت المدعى البينة على الخيار ، وعلى إعذاره كما كان ادعى .

وإن كان الخيار للبائع ، فأبرأ البائع المشترى من الثمن ، صح إبراءه ، وكان ذلك إمضاء للبيع ؛ لأن التصرف إنما يكون من المالك ، ومالكية الثمن عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه موقوفة على إجازة العقد ، فتضمن الإقدام على هذا التصرف إجازة للعقد ، وسيأتى فى مسألة الإبراء عن أبى يوسف رحمه الله تعالى بعد هذا ، بخلاف ما ذكر ههنا ، وكذلك لو اشترى منه بالثمن شيئًا ، أو ساومه به صح ، ويكون ذلك إمضاء البيع .

ولو اشترى بالثمن شيئًا من غيره ، لم يصح الشراء ، ولو حدث بالمبيع عيب فى يد البائع ، والخيار له ، فهو على خياره ، ولو كان العيب حادثًا بفعل البائع ، انتقض البيع ، وهذا لأن ما يحدث بفعل البائع قبل القبض يكون مضمونًا عليه ، حتى سقطت حصته من الثمن ، فلو بقى البائع على خياره ، وتفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام ، وإنه لا يجوز ، وأما ما انتقض لا بفعل البائع ، لا يكون مضمونًا عليه ، ولهذا لو سقط أطراف المبيع قبل القبض ، لا يسقط بحصته من الثمن شىء ، فلو بقينا الخيار ، لا يكون فيه تفريق الصفقة على المشترى قبل التمام ، إلا أنه يجبر المشترى ، إذا لزم البائع العقد ؛ لأنه إنما رضى بمبيع سليم ، وإذا تعيب قبل القبض ، انعدم الرضى ، فكان له الخيار ، كما لو سقط أطرافه قبل القبض .

١٢٤٢٢- وروى أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء" : فيمن اشترى من آخر جارية بألف درهم على أن البائع بالخيار ، ثم إن البائع وهب الثمن بعد ما قبضه لرجل ، ودفعه إليه ، أو وهبه للمشترى ، ورده إليه ، ولم يكن قبضه ، فإبراء المشترى منه لم يكن ذلك فسخًا ، ولا إمضاء للبيع ، فإن أجاز البائع بعد ذلك ، فالبيع جائز ، والهبة جائزة ،

ولو كان المشترى نقد الثمن للبائع، ثم وهبه من البائع، وقبل ذلك البائع، ثم أجاز البيع، ليس للبائع أن يأخذ المشترى بثمن آخر، والثمن الموهوب هو الثمن، وهبته باطلة؛ لأنه وهب للبائع ما ملكه البائع؛ لأن البائع مالك لهذا الثمن لا المشترى، وهذا بناء على ما قلنا؛ لأن الخيار إذا كان للبائع، فالثمن يزول عن ملك المشترى، ويدخل فى ملك البائع عندهما.

بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: مسلم باع من مسلم عصيرًا على أن البائع بالخيار، وقبضها المشترى، فصارت فى يده خمرًا، فقد انتقض البيع، ذكر المسألة فى "المنتقى"، قال: وضمن العصير، وهكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى.

قال الحاكم أبو الفضل: وقد قال فى موضع آخر: البائع على خياره، فإن سكت حتى مضت الثلاث، لزم البيع المشترى، ثم على ما ذكر بشر: أن البيع ينتقض، لو لم يتخاصما حتى صار خلا، فاختار البائع إلزام البيع، فله ذلك، ولايعتبر رضاء المشترى فى المشهور من الرواية، وفى بعض الروايات يعتبر رضى المشترى، وإذا تبايع الذميان خمرًا بشرط الخيار للبائع، فأسلم البائع بعد القبض، بطل البيع، هكذا ذكر القدورى فى كتابه، وهكذا ذكر فى موضع آخر من المنتقى بناء على أن خيار البائع يمنع زوال ملك البائع، فبقيت الخمر على ملكه فى مدة الخيار، فلو لم يبطل العقد، انتقل الملك عنه فى الخمر بعد إسلامه، وإنه لا يجوز.

وذكر فى موضع آخر من "المنتقى": لو أسلم البائع بعد القبض، جاز البيع بمنزلة موته، ولو أسلم المشترى، لم يبطل البيع، هكذا ذكر فى "القدورى".

وفى "المنتقى": فى موضع آخر؛ لأن المسلم لا يحتاج إلى صنع فيه لإتمام العقد على الخمر إذا لم يكن الخيار مشروطًا له، فصار إسلامه فى هذا البيع، وإسلامه فى البيع البات إذا كان المبيع مقبوضا على السواء، وهناك لا يفسد العقد، فههنا كذلك.

وفى موضع آخر من "المنتقى": أن البيع ينقض بإسلام المشترى فى هذه الصورة، بناء على ما قلنا: إن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فلو بقى العقد ينتقل الملك فى الخمر إلى المسلم، ولو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر، بطل البيع.

١٢٤٢٣- وإذا باع ظبيًا على أن البائع فيه بالخيار، فقبضه المشترى، وأحرم المشترى، لم ينفسخ البيع، ولو أحرم البائع [وقد دفعه إلى المشترى، أو لم يدفعه، ينفسخ البيع، وروى ابن سماعة فى إحرام المشترى خلاف ما ذكرنا.

١٢٤٢٤- وإذا باع عبدًا على أن البائع بالخيار][1]، وقبض المشترى، وقتل العبد عند

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المشترى قتيلا ، ومات العبد ، وضمن المشترى قيمة البائع ، أخذ أولياء الجناية القيمة من البائع ، وكان للبائع أن يرجع على المشترى بمثلها ، وهو بمنزلة الغصب .

١٢٤٢٥- رجل باع عبدًا على أن البائع فيه بالخيار ، والعبد فى يد البائع ، فقال فى الثلاث : قد فسخت البيع ، ونقضته ، ثم قال بعد ذلك : قد أجزت البيع ، وقبل المشترى ، فهذا جائز ، وأنه استحسان ، ولو جنى البائع على المبيع فى هذه الصورة جناية ، ونقضه ، فقال المشترى : أنا آخذه ، فليس له ذلك إلا أن يسلم البائع له ؛ لأن جناية البائع عليه فى الثلاث ، نقض للبيع .

ولو كان الخيار للبائع ، والجارية عنده ، فوطئت بشبهة ، انتقض البيع من قبل المهر الذى وجب بالوطء ، وإذا كان الخيار للبائع ، وحلف بعتق المبيع أن لا يكلم فلانًا ، فله أن يرده بالخيار ما لم يعتق بالحلف .

وروى أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الأمالى" : إذا جنى المبيع فى يد البائع جناية ، والخيار له ، فإن نقض البيع ، دفعه البائع ، أو فداه ، فإن أمضى البيع ، أو سكت حتى مضت المدة ، وقبل المشترى ، ورضى بعيب الجناية ، دفعه المشترى أو فداه .

١٢٤٢٦- وإذا اشترى ابنه على أن البائع بالخيار [ثم مات المشترى ، فأجاز البائع البيع ، لا يرث الابن أباه . اشترى عبدًا على أن البائع بالخيار][(١)] ، فأذن له فى التجارة ، لا يكون هذا فسخًا للبيع ، إلا أن يلحقه دين ، إلا فى قول من يقول : فسخه بغير محضر من المشترى فسخ ، ولو أمضاه بغير محضر بعد ما لحقه دين ، لم يجز ؛ لأن الغريم أحق به من المشترى .

وإذا كان الخيار للبائع ، فقال المشترى للبائع : أعطيك مائة درهم على أن تنقض البيع ، ففعل ، فالمناقضة جائزة ، وليس عليه شىء .

١٢٤٢٧- وإذا باع عبدًا بألف درهم على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام ، فأعطاه المشترى بها مائة دينار ، ثم إن البائع نقض البيع ، فالصرف باطل ، وكان عليه أن يرد الدينار .

١٢٤٢٨- وإذا باع جارية على أن البائع فيها بالخيار ، وتقابضا ، أو لم يتقابضا ، فوجد المشترى بالمبيع عيبًا ، فقال : قد رضيت به ، أو باعه ، أو وهبه ، أو عرضه على بيع ، أو ما أشبه ذلك من المعانى التى تكون رضى فى البيع ، أو لم يكن فى البيع خيار ، فليس للمشترى أن يردها بذلك العيب ، هذا هو الكلام فى جانب البائع ، وأما الكلام فى جانب المشترى ، فنقول : إذا كان الخيار للمشترى ، فنفوذ هذا البيع بما ذكرنا من المعانى الثلاثة ، وبمعنى آخر سواها ، وهو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا .

أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك، والأصل فيه أن كل فعل باشر المشترى فى المشترَى بشرط الخيار له فعلا يحتاج إليه للامتحان، ويحل فى غير الملك بحال، فالاشتغال به أول مرة لايكون دليل الاختيار، حتى لا يسقط خياره، وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان، أو يحتاج إليه للامتحان، إلا أنه لا يحل فى غير الملك بحال، فإنه يكون دليل الاختيار، وهذا لأنه متى فعل فعلا يحتاج إليه للامتحان، ويحل فى غير الملك بحال متى جعل دليل الاختيار ويسقط خياره به أول مرة، لا يفيد الخيار فائدة؛ لأن فائدة شرط الخيار إمكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان، فمتى لزمه البيع بفعل الامتحان أول مرة، لا يمكنه الرد متى لم يواقعه، فتفوت فائدة شرط الخيار حينئذٍ، ومتى فعل فعلا لا يحتاج إليه للامتحان، ولو جعل دليل الاختيار، وسقط به الخيار، لا يؤدى إلى أن تفوت فائدة الخيار، فيسقط به الخيار، لهذا إذا ثبت هذا، فنقول: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار، فاستخدمها مرة، لا يبطل خياره؛ لأن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان؛ لأن الجارية تشترى للخدمة، والخدمة لا تصير معلومة للمشترى من غير امتحان، فكان الاستخدام محتاجًا إليه للامتحان، وإنه ينحل بدون الملك فى الجملة، فلم يكن الاشتغال به، وإنه ينحل مرة دليل الاختيار، فبقى على خياره، بخلاف ما لو وطئها، حيث يبطل خياره، وإن كان الوطء محتاجًا إليه للامتحان؛ لأنها تشترى للوطء، ولا يعلم كونها صالحة للوطء بالنظر إليها، إنما كان كذلك لأن الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال، فكان الإقدام عليه اختيارًا للملك حتى لا يقع وطءه فى غير الملك، ولا كذلك الاستخدام؛ لأنه يحل فى غير الملك.

هذا إذا كان الاستخدام يسيرًا، فأما إذا كان كثيرًا، يخرج عن حد الامتحان، والاختيار يكون اختيارًا للملك، وإن استخدمها مرة أخرى، فإن كان فى النوع الذى استخدمها فى المرة الأولى، كان اختيارًا للملك؛ لأن المرة الأخرى فى ذلك النوع غير محتاج إليها للامتحان؛ لأن الامتحان حصل بالمرة الأولى، وإن كان فى نوع آخر، لا يكون اختيارًا للملك؛ لأن الخدمة أنواع، فكان الثانى من نوع آخر محتاجًا إليه للامتحان أيضًا، والإكراه على الاستخدام فى المرة الأولى اختيار للملك، فسّر محمد رحمه الله تعالى الاستخدام فى كتاب الإجارات، فقال: بأن يأمرها بحمل المتاع على السطح، أو بإنزاله من السطح، أو بتقديم النعل بين يديه، أو بأن تغمز رجله بعد أن لا يكون عن شهوة، أو بأن تطبخ، أو تخبز بعد أن يكون ذلك يسيرًا، وإن أمرها بالطبخ والخبز فوق العادة، فذلك رضى.

١٢٤٢٩- ولو اشترى دابة على أنه بالخيار، فركبها لينظر إلى سيرها، لا يسقط خياره،

ولو ركبها مرة أخرى يسقط خياره؛ لأن الركوب مرة أخرى غير محتاج إليه للامتحان، بخلاف الركوب في المرة الأولى.

ولو سافر عليها، يسقط خياره؛ لأن السفر عليها غير محتاج إليه للامتحان، وكذلك إذا ركبها لحاجة، سقط خياره، وكذلك لو حمل عليها شيئًا، وكذلك لو حمل عليها علفًا لها، هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعن محمد: أنه إذا حمل علفًا لها عليها، لا يسقط خياره.

ولو كان له دواب، فحمل علف جميع الدواب عليها، فذلك رضى، ولو ركبها ليردها، أو ليسقيها، أو ليعلفها، لا يكون رضاء به، ولا يسقط خياره استحسانًا، كذا ذكر في "الأصل".

بعض مشايخنا قالوا: هذا إذا لم يمكنه الرد والسقي والإعلاف إلا بالركوب، بأن كان لا يمكنه ضبطها إلا بالركوب، ويدل على هذا التأويل ما ذكر في "السير الكبير" في فصل العيب: أن جوالق العلف إذا كان واحدًا، فركبها مع الجوالق، لايكون رضاء بالعيب؛ لأنه لا يمكنه حمل الجوالق الواحد إلا بالركوب، ولو كان جوالقين، فركب يكون رضاء؛ لأنه يمكن حملهما بدون الركوب.

ومن مشايخنا من يقول: الركوب إذا كان لأجل الرد، لا يسقط الخيار، وإن أمكنه الرد بدون الركوب، بخلاف الركوب للسقي والإعلاف، والقاضي ركن الإسلام على السغدي والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي على أن الركوب للسقي والإعلاف لا يكون رضاء؛ لما ذكر في "الأصل"؛ لأن الركوب للسقي، وحمل العلف من أمر الرد؛ لأنه لو لم يسقها، ولم يعلفها تهلك، أو تنتقص، فلايمكنه الرد، ربما يكون الدابة جموحا لا يمكن ضبطها إلا بالركوب، فكان الركوب من أسباب الرد، فلا يمنع الرد، ولو قصّ حوافر الدابة، أو أخذ من عرقها، فليس برضاء، ولو ودجها أو بزغها، فهو رضاء؛ لأنه نقص.

وإتلاف جزء منها فيعتبر بإتلاف سائر الأجزاء [هكذا ذكر في القدوري، وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف مسألة الودج، بخلاف ما ذكره القدوري](١)، ولو كانت شاة، فجزّ صوفها.

ذكر في "المنتقى": أنه يسقط خياره، ولو كانت شاة فحلبها، وشرب لبنها، فهو رضاء، هكذا ذكر في القدوري؛ لأن اللبن زيادة منفصلة عنها، والزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

عندنا، فكذلك بخيار الشرط.

١٢٤٣٠- وفى صلح "الفتاوى": رواية عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله: أو اشترى شاة، أو بقرة على أنه بالخيار، فحلب لبنها، فقد انقطع خياره، وذكر البقالى قول محمد فى هذا كقول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف: هو على خياره حتى يشرب لبنها، أو يستهلكها، ولو حجم الغلام، أو سقاه دواء، أو حلق رأسه، فهو رضاء.

وعن أبى يوسف: فى توديج الدابة وحجامة الغلام أنه لا يسقط خيار المشترى، وفى "المنتقى": والأخذ من الشعر ليس برضاء.

١٢٤٣١- وعن محمد: إذا أمر الغلام بجز رأسه يعنى رأس الغلام، فهو ليس برضا إلا أن يريد به الدواء، وكذا الطلاء بالنورة إلا أن يريد به الدواء، وكذا غسل الرأس واللحية.

١٢٤٣٢- وفى "المنتقى": إذا أحجم الخادم بأمر المشترى، فهو رضا، وفى موضع آخر منه إذا رأى المشترى الغلام يحجم الناس بأجر، فسكت، فهو رضا، وإن كان يحجم بغير أجر، فهو ليس برضى هذا بمنزلة الخدمة.

ألا ترى أن المشترى إذا قال له: أحجمنى، لا يكون رضاء ولو كان الخيار للبائع، فأحجم الغلام بإذن المشترى، فهذا ليس بنقض إذا كان بغيبة المشترى.

١٢٤٣٣- قال فى "المنتقى" أيضًا: وأمر الخادم ليحمل شيئًا، ليس برضا، هذا من الخدمة، ولو أمر الجارية بمَشط، أو دهن، أو لبس، فهو ليس برضا أيضًا، وكذا إذا علق عتقها بشرط، لا يسقط خياره ما لم يعتق بحكم اليمين.

ولو اشترى أرضًا فيها حرث، اشترى الأرض مع الحرث، فسقى الحرث، أو حصده، أو فصل منه شيئًا، سقط خياره؛ لأن السقى للاستنماء، وأنه دلالة الاختيار، والقطع ينقص المعقود عليه، وذلك مانع من الرد، فيسقط خياره ضرورة.

ولو سقى من نهرها دوابه، أو شرب بنفسه، لا يسقط خياره؛ لأنه مباح بدون الملك، فلا يكون فعله دليلا على تقرير الملك.

ولو سقى من نهرها أرضًا أخرى، فهو رضا، بخلاف ما إذا سقى أجنبى بغير علمه، فإن هناك لا يسقط خياره، ولو رعت ماشية المشترى الكلأ، يسقط خياره، بخلاف ماشية الناس، وكرى النهر، وكبس البئر، يسقط الخيار.

ولو انهدم البئر، فبناها، لم يعد خياره، ولو وقع فيها فأرة، أو نجاسة، سقط خياره،

وروى في الفأرة، إذا نزح عشرون دلوًا أنه على خياره، وإذا سقى من البئر زرعه، أو دوابه، فهو على ما ذكر في النهر، وإذا باع المشترى على أنه بالخيار.

ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى في "شرحه" في باب من الخيار: قيل: لا يبطل خياره.

وذكر شيخ الإسلام في "شرحه": أنه يبطل، وهو الصحيح؛ لأن البيع باتًا كان، أو بشرط الخيار من التصرفات المختصة بالملك، وأنه غير محتاج إليه للاختيار، فيصير به مختارًا للملك.

ولو عرض المشترى ليقوم، لا يبطل خياره، ولو عرضه ليباع، يبطل خياره؛ لأن العرض على جهة البيع من التصرفات المختصة بالملك؛ فإنه لا يعرض على المبيع إلا المالك، أو نائبه، وإنه غير محتاج إليه للاختيار، فيصير به مختارًا، كما في البيع.

١٢٤٣٤- ولو اشترى ثوبًا، ولبسه لينظر إلى مقداره، لا يسقط خياره، فإن لبسه ثانيًا، يسقط خياره؛ لأن اللبس ثانيًا غير محتاج إليه للاختيار، بخلاف اللبس أول مرة، فإن طال اللبس الأول، سقط خياره أيضًا، وإن لبسه ليستدفئ به، بطل خياره، ولو اشترى رخامًا، فطحن به المشترى ليعرف مقدار طحنها، لا يبطل خياره؛ لأن الطحن محتاج إليه للامتحان والاختيار، ولم يذكر محمد في شيء من الكتب مقدار ذلك.

وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه إذا طحن بها زيادة على يوم وليلة يبطل خياره، وإن كان دون ذلك، لا يبطل خياره.

وفي "البقالي": الطحن بالرحى لا يسقط خيار المشترى إلا أن يطول، أو ينقصها، وذكر الخصاف: أن الطحن يومًا ونحوه لا يسقط خياره، حتى يجريه، ثم يزيد بعد ما بان له طحنها على قلة الماء وكثرته.

وإذا كان المشترى بشرط الخيار للمشترى دارًا، فسكنها المشترى، سقط خياره، هكذا ذكر المسألة في كتاب البيوع.

١٢٤٣٥- وفي "القدوري": إذا سكن المشترى الدار، أو أسكنها رجلا بأجر، أو بغير أجر، أورم فيها شيئًا، أو أحدث فيها بناء، أو جصصها، أو طيّنها، أو هدم منها شيئًا، فهو إمضاء للبيع.

وذكر في كتاب القسمة: أن خيار الشرط في القسمة لا يبطل بالسكنى بعد القسمة إلا أن في كتاب القسمة وضع المسألة فيما إذا دام على السكنى، وفي كتاب البيوع: ذكر السكنى

مطلقًا، والقدورى ذكر السكنى مطلقًا أيضًا، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر فى كتاب البيوع محمول على ابتداء السكنى.

أما لو دام على السكنى بأن كان المشترى ساكنًا فى الدار قبل الشراء بإجارة، أو إعارة، لا يسقط خياره، كما فى القسمة، ومنهم من قال: خيار الشرط فى البيع يسقط بالسكنى فى الحالين، كما أطلق محمد فى كتاب البيوع.

وفى القسمة لا يسقط خيار الشرط فى الحالين غير أن محمدًا وضع المسألة فى القسمة فى الدوام على السكنى اتفاقًا.

وإن كان فى الدار ساكنًا بأجر، فباعها البائع برضاه، و شرط الخيار للمشترى، فترك المشترى الأجر من الساكن، فترك المشترى، واستأدّى الغلة، فقد سقط خياره؛ لأنه أخذ عوض المنافع، وإنما يجب عوض المنافع لمن كان ملك المنافع له، والمنافع إنما تملك بملك الأصل، فكان أخذ العوض دليلا على تقرير الأصل.

١٢٤٣٦- وسئل أبو بكر عمن اشترى كتابا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم إنه انتسخ منه لنفسه، لا يبطل خياره كالنساج إذا نظر فى نقض الديباج، لا يبطل خياره.

ألا ترى أن من انتسخ من "كتاب المبسوط"، ولم يرفعه لا يصير غاصبًا، وإن قلب أوراقه، قيل له: لو درس منه، ولم يكتب قال: يبطل خياره؛ لأن شراء الكتاب للدراسة يكون للانتساخ.

وكذلك لو انتسخ لغيره، لا يبطل أيضًا، قال الفقيه: ولو قيل: يبطل الخيار بالانتساخ دون الدراسة، كان له وجهًا؛ لأن فى الدراسة امتحانًا لينظر إلى صحته، فصار كاستخدام العبد، وفى الكتابة استعمال.

١٢٤٣٧- قال الفقيه: وبه نأخذ، وإذا بيعت الدار بجنب الدار المشتراة بشرط الخيار للمشترى، فأخذها المشترى بالشفعة، فقد سقط خياره، وإذا كان الخيار للمشترى، فأبرأه البائع عن الثمن، لم يصح الإبراء فى قول أبى يوسف، وروى عن محمد: أنه إذا أجاز البيع، نفذ الإبراء.

فوجه قول أبى يوسف: إن هذا أبرأ عن دين غير واجب، فلا يصح كما قبل العقد، وجه قول محمد: إن المشترى للبائع إن أردها إليك اليوم، فقد رضيتها، فهذا القول باطل.

وله أن يردها بخيار الشرط، وكذلك إذا قال: إن لم أفعل كذا، فقد أبطلت خيارى، ولو لم يقل: هكذا، ولكن قال: أبطلت خيارى غدا، أو قال: إذا جاء غدا، فقد أبطلت

خياري[1]، فهذا جائز، وقال: لأن هذا وقت كائن لا محالة.

١٢٤٣٨- ولو قال بعد ما اشترى، وشرط الخيار لنفسه شهراً: إن لم آتك بالثمن، فيما بيني وبين ثلاث، فلا بيع بيني وبينك، فهو على ما قال، كأنّ ذلك قال في أصل العقد.

وكذلك إذا قال: إن لم آتك بالثمن إلى ثلاث، فقد نقضت البيع فيه.

١٢٤٣٩- وفي "نوادر هشام": قلت لمحمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى قرية، وفيها قناة غزيرة [الماء يجري ما][2] اشتراها وقناتها على أنه بالخيار كيف يصنع بماء القناة؟ قال: يدعه حتى يذهب، قلت: إن لم يصرف الماء، يفسد، قال: يوكل البائع رجلا يصرفه.

١٢٤٤٠- وإذا كان الخيار للمشتري، فولدت الجارية، أو أثمرت النخلة، أو باضت الدجاجة، فقد سقط خياره؛ لأن فائدة الخيار الرد، وقد تعذر الرد؛ لأنه لا وجه إلى رد الأصل بدون الزيادة؛ لأن الزيادة تبقى مبيعًا في يده بلا ثمن، فلا وجه إلى رد الأصل مع الزيادة؛ لأن العقد لم يرد عليها، فكيف يرد الفسخ عليها، وفي "البقالي": ولا يسقط الخيار بالولد الميت والبيضة الفاسدة.

وفي "المنتقى": إذا ولدت في يد المشتري ولدًا ميتًا، إن لم تنقصها الولادة، فهو على خياره، وإن كانت الزيادة في ذات المبيع، كالسمن، وما أشبه ذلك، سقط الخيار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وفي قول محمد: لا يسقط، ولو كان المشتري بشرط الخيار جارية، فلمسها المشتري، أو قبلها بشهوة، سقط خياره، بخلاف ما إذا لمسها بغير شهوة؛ لأن اللمس بشهوة [تصرف يختص بالملك، بخلاف اللمس بغير شهوة؛ ولأن اللمس بشهوة][3] جماع حكمًا، حتى تثبت به حرمة المصاهرة، فيعتبر بالجماع حقيقة، وبالجماع حقيقة يسقط الخيار، فكذا بالجماع حكمًا، فأما اللمس بغير شهوة ليس بجماع حكمًا، وأنه فعل يحتاج إليه للامتحان، فلا يسقط الخيار، والنظر إلى فرجها بشهوة نظير اللمس بشهوة؛ لأنه جماع حكمًا، حتى تثبت به حرمة المصاهرة، بخلاف النظر إلى ما سوى الفرج من أعضاءها بشهوة؛ لأنه ليس بجماع أصلا.

وإذا دعاها إلى فراشه، لا يبطل خياره، هكذا ذكر في "فتاوى أبي الليث رحمه الله

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

تعالى" ؛ لأنه إنما دعاها للاختبار ليعلم أنها تجيبه، أو لا تجيبه، وإذا كانت الجارية قد نظرت إلى فرج المشترى بشهوة، أو لمسته بشهوة، أو قبلته بشهوة، وأقر المشترى أنها فعلت بشهوة، أجمعوا على أنه إذا كان بتمكين المشترى، بأن علم المشترى بذلك منها، فتركها حتى فعلت، أنه يسقط خياره؛ لأن فعل الجارية بتمكين المشترى بمنزلة فعل المشترى بنفسه، ولو أن المشترى فعل ذلك بنفسه، يسقط خياره، فكذا هذا، وبهذا الطريق قلنا: بأن المرأة إذا فعلت مثل هذا بالزوج بتمكين الزوج، أنه يصير راجعًا، كذا هنا، فأما إذا فعلت ذلك لا بتمكين من [المشترى، على قول أبى يوسف: يسقط خياره، وعلى قول محمد: لا يسقط خياره، وإن وجدت المشترى نائمًا][1]، فأدخلت ذكره فرجها، يسقط خياره بالإجماع.

١٢٤٤١- ولو نظرت المعتدة طلاقًا رجعيًا إلى فرج زوجها بشهوة، أو لمسته بشهوة، اختلست ذلك اختلاسًا، تثبت الرجعة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ولا تثبت فى قول محمد، إلا أن تحصل المجامعة بفعلها، بأن أدخلت فرجه فرجها، ذكر المسألة على هذا الوجه بشر بن الوليد فى "نوادره".

وروى ابن سماعة رحمه الله تعالى فى "نوادره": فى مسألة الرجعة روايتين عن محمد، وفى سقوط الخيار بنظر المرأة إلى فرج المشترى بشهوة رواية واحدة عن محمد: أنه لا يسقط، وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن الخيار حق المشترى، فلا يسقط إلا بإسقاط: إما نصًا، أو دلالة، ولم يوجد منه الإسقاط نصًا، وهذا ظاهر، ولا دلالة؛ لأن دليل الإسقاط وجود صنع من جهته: إما من حيث الحقيقة، أو من حيث الاعتبار [ولم يوجد من المشترى صنع، لا من حيث الحقيقة، وأنه ظاهر، ولا من حيث الاعتبار][2] لأن فعل المس يضاف إلى الماس، لا إلى الممسوس؛ لأن الممسوس محل فعل المس، والفعل يضاف إلى الفاعل، لا إلى المحل، ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى يحتاج إلى الفرق بين مسألة الرجعة [وبين مسألة الخيار على إحدى روايتى ابن سماعة، والفرق من وجهين: أحدهما: أن الرجعة][3] يشترك فيه الزوجان، لكل واحد منهما فيها حق، فجاز أن يجعل فعل أحد الشريكين كفعل صاحبه، والدليل على أن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

للمرأة في الرجعة حقًا، كما للرجل، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[1]، فلو لا أن للمرأة حقًا في ذلك، وإلا لم يكن لقوله أحق معنى وفائدة؛ لأن أفعل إنما يستعمل بين شخصين في شيء يشتركان فيه، كما يقال: فلان أحسن من فلان وأفقه من فلان، وأجمل من فلان، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الأيّم أحق بنفسها من وليها»[2] اقتضى أن يكون للولي حق في نفسها، إلا أن حق المرأة أكثر، فكذلك هذا.

وإذا ثبت أن لها حقًا في الرجعة، أمكن أن يجعل فعلها في إثبات المراجعة، كفعل الزوج، فأما لا حق للأمة في خيار المشتري، ولا يمكن أن يجعل فعلها كفعل المشتري في حق إسقاط خياره.

والفرق الثاني: أن المرأة في باب النكاح عاقدة من وجه، ومعقود عليها من وجه، فوفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: لكونها عاقدة من وجه تثبت الرجعة من جهتها من حيث الحكم، ولكونها معقودًا عليها من وجه، لا تثبت الرجعة من جهتها قصدًا توفيرًا على الشبهين حظهما، فأما الأمة في باب الشراء معقود عليها من كل وجه، وليست بعاقدة، فلم يسقط خيار المشتري من جهتها، لا من حيث الحكم بالنظر إلى فرج المشتري بشهوة، ولا من حيث القصد بصريح الاختيار، وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى ذهبا[3] في ذلك إلى أنه وجد منها ما هو جماع حكمًا، فيعتبر بما لو وجد منها ما هو جماع حقيقة، دليله جانب الزوج، فإن في جانب الزوج اعتبر الجماع الحكمي بالحقيقي، فكذا في جانبها، ولو وجد منها ما هو جماع حقيقة، سقط خيار المشتري، فكذا في جانبها ما هو جماع حكمًا، وإنما قلنا: ما وجد منها ما هو جماع حكمًا؛ لأن هذا الفعل من جانبها حرمة المصاهرة، كما لو وجد منها الجماع حقيقة.

وأما قول محمد رحمه الله تعالى: لم يوجد من له الخيار صنع، قلنا: وجد الصنع من حيث الاعتبار؛ لما ذكرنا أنه وجد منها جماع حكمًا، والفعل في الجماع الحقيقي مضاف إلى الزوج من حيث الحقيقة، فكذا فيما هو جماع حكمًا يكون الفعل مضافًا إليه حكمًا، فقد وجد منه فعل حكمًا.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

(٢) أخرجه مسلم في "صحيحه" (١٤٢١)، وكذلك ابن حبان في "صحيحه" (٤٠٨٤)، وفي "المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم (٣٣٠٨-٣٣٠٩): باب الثيب أحق بنفسه، وأخرجه أبو عوانة في "مسنده" (٤٢٤٩)، والإمام الترمذي في "سننه" (١١٠٨): باب ما جاء في استئمار البكر والثيب.

(٣) وفي النسخة "م": روايا.

١٢٤٤٢- وفى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فمرض العبد فى الثلاث، فنقض المشترى العقد، ورد العبد، وأبى البائع أن يقبله، فإن مضى الثلث والعبد مريض على حاله، لزم المشترى، وإن صح قبل مضى الثلاث، ثم مضت الثلاث قبل أن يرد، فله أن يرد بالرد الذى كان منه فى الثلاث.

وإذا كان الخيار للمشترى، والسلعة مقبوضة، فحدث بها عيب لا يرتفع، لزم العقد، وبطل الخيار، سواء كان بفعل البائع، أو بغير فعله، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد: لا يلزم بجناية البائع؛ لأن فيه تسليط البائع على إلزام العقد، وبه تفوت فائدة الخيار للمشترى؛ لأن فائدة الخيار للمشترى أن يتمكن المشترى من الفسخ، شاء البائع أو أبى، رضى أم سخط، ولهما أن العقد قد لزم فى القدر الذى تلف بالعيب فى ضمان المشترى، ويقرر عليه حصته من الثمن، فلو جاز رد الباقى، كان فى ذلك تفريقًا للصفقة على البائع قبل التمام فى حق الرد، وذلك لا يجوز، وإذا تعذر الرد لهذا المعنى، لزم العقد ضرورة بهذا الطريق، لزم العقد فى فعل الأجنبى، إلا أن يكون الأجنبى مسلطًا على إلزام العقد، وإذا لزم العقد عندهما، رجع المشترى على البائع بالأرش؛ لأن البيع قد تم بأول جزء من النقض، فصار البائع جانيًا على ملك المشترى فى يد المشترى، فضمن الأرش.

١٢٤٤٣- وفى "نوادر هشام": قال: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل شيئًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فجاء إلى باب البائع فى الثلاث ليرده، فاختفى منه البائع، فأشهد المشترى ناسًا أنه قد رد البيع بخياره، ثم ظهر البائع بعد الثلاث، فأخبرنى أن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه قال: رده باطل، إلا أن يجتمعا جميعًا، قال هشام: وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وهى المسألة المعروفة أن المشروط له الخيار فى البيع لا يملك الفسخ إلا بحضرة صاحبه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ومعناه: إلا بعلمه، وتأويل ما ذكره هشام إن لم يعلم البائع بفسخ المشترى، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: كيف يصنع المشترى؟ قال: إن أراد أن يستوثق، ينبغى له أن يقول للبائع: يقيم له كفيلا ممن يحب المشترى ويرضاه، إن رد البائع ونقضه بخياره، فرده يكون عليه جائزاً.

ولو اشتراه على أن البائع إن غاب غيبة، ففسخه عليه جائز، فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن هذا شرط فاسد عندهما؛ لأنهما لايريان الفسخ عند غيبة الآخر.

١٢٤٤٤- وفى "المنتقى": إذا اشترى عبدًا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا

بيع بينهما، ثم إن المشترى قطع يد العبد، أو قطعها أجنبى فى الثلاث، قال: إذا قطعها المشترى فى الثلاث، فالبائع بالخيار، إن شاء، أخذ العبد مقطوع اليد، ولا شىء له غير ذلك، وإن قطعها أجنبى فى الثلاث، فقد وجب البيع للمشترى؛ لأنه وجب له أرش.

١٢٤٤٥- رجل اشترى من آخر سمكًا طريًا، أو عصيرًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يجبر المشترى على قبضه، ويكون فى يد البائع، حتى يجيز المشترى البيع، أو يفسخه.

١٢٤٤٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فقبضه، فوهب للعبد مال، أو اكتسبه، ثم استهلكه العبد بعلم المشترى بغير إذنه، أو بغير علمه، لم يبطل خيار المشترى، ولو وهب للعبد ابن المشترى، وقبضه العبد[1]، عتق الابن، ولا يبطل خيار المشترى فى العبد.

ولو وهب للعبد أم ولد المشترى، وقبضها العبد، بطل خيار المشترى فى العبد؛ لأنه ملك معه شيئًا لا يستطيع ردها، وهى أم الولد، قال: ولا يشبه الولد أم الولد؛ لأنه مستهلك بمنزلة ما استهلك العبد من المتاع.

ولو أن المشترى استهلك المتاع الموهوب من العبد، بطل خياره فى العبد، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة إلا فصّل استهلاك العبد الموهوب، فإنه لم يروِه عن محمد.

١٢٤٤٧- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم قال المشترى: شئت أخذه، أو قال: رضيت بأخذه، أو قال: أجزت شراءه، لزمه ذلك، ولو قال المشترى: هويت أخذه، أو أحببت، أو أردت، أو قال: أعجبنى ذلك، أو قال: وافقنى، لم يلزمه.

١٢٤٤٨- وفى "نوادر بشر بن الوليد" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فقال البائع للمشترى: أعطيك مائة على أن يبطل البيع، ففعل، قال: قد انفسخ البيع، وليس على البائع شىء، وإذا اشترى من آخر عبدًا بألف درهم على أن المشترى بالخيار، فأعطاه بها مائة دينار، ثم إن المشترى رد البيع، فالصرف جائز عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، ويرد الدراهم، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه

---

(١) هكذا فى النسخة "م"، وفى النسخة "ف": وقبض العبد الابن عتق الابن، وكان فى فى الأصل والنسخة "ظ": وقبض الابن عتق الابن.

الصرف باطل.

١٢٤٤٩- رجل اشترى من آخر جارية على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام، ثم إن المشترى قبّلها، أو لمسها، أو نظر إلى فرجها، ثم أراد أن يردها، وقال: لم يكن ذلك بشهوة، فالقول قوله مع يمينه، هكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى فى "المنتقى"، ثم قال: ألا ترى أن رجلا لو قبل امرأته، أو لمسها، أو نظر إلى فرجها، ثم قال: ولم يكن عن شهوة، كان القول قوله، كذا ههنا، ولو كان مباشرة، ثم قال: كان ذلك منى بغير شهوة، لم يقبل قوله، وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يقول فى القبلة: يفتى بحرمة المصاهرة ما لم يتبين أنه فعل بشهوة، فعلى قياس ما قاله الصدر الشهيد ثمه يجب أن يقال: فى مسألة الشراء إذا قبلها، ثم قال: لم يكن عن شهوة أن لا يقبل قوله، ويسقط خياره.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى بئرًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فغار ماءها، أو وقع فيها فأرة ميتة، قال: إن اختصما على تلك الحالة، لم يكن له ردها، وإن لم يختصما حتى عاد الماء، كان على خياره -والله أعلم-.

نوع آخر[1]
فى اشتراط الخيار لهما، وفى بيان أحكامه:

إذا كان الخيار لهما، فمات أحدهما، لزم البيع من جهته، والآخر على خياره، فخيار الشرط لا يورث عندنا، خلافًا للشافعى رضى الله تعالى عنه.

١٢٤٥٠- وفى "المنتقى": رجل باع عبدًا بأمة على أن كل واحد منهما بالخيار فيما باع، فأجاز بائع العبد البيع، وقد تقابضا، فمات العبد فى يد المشترى، فقد لزمه، وتم البيع.

رجل اشترى عبدًا بجارية، وشرط كل واحد الخيار لنفسه فيما باع، ثم إنهما أعتقا معًا، جاز عند كل واحد منهما فى السلعة التى كان يملكها.

١٢٤٥١- رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم، وهما جميعًا بالخيار، فقال البائع: قد أجزت البيع بمحضر من المشترى، وقال المشترى بعد ذلك: قد فسخت البيع بحضرة البائع، فالبيع ينفسخ، فإن هلك العبد فى يد المشترى قبل أن يرده فى الأيام الثلاثة وبعدها، فعلى المشترى الثمن من قبل أن البائع قد ألزم البيع، وصار المشترى بالخيار دون البائع، ولو أصابه عيب قبل هذه المقالة، أو بعدها، فهو سواء، و، عليه الثمن، ولا يستطيع رده بعد العيب الذى

---

(١) وفى النسخ: "ف" و "ظ" و "م": نوع منه.

أصابه، وإن بدأ المشترى، ففسخ العقد، ثم إن البائع أجاز البيع، ثم هلك العبد، فعلى المشترى قيمته، وكذلك لو أصابه عيب، نقصه بعد هذه المقالة، فالبيع منتقض، يرد البيع، ويرد نقصان العيب.

ولو أصابه العيب قبل أن يفسخ المشترى البيع، ثم فسخه المشترى، ثم أجازه البائع، فالبيع لازم للمشترى، وعليه الثمن من قبل أن العيب الذى حدث به عند المشترى بمنزلة إجازة البيع، فإذا أجازه البائع بعد ذلك، فقد تم البيع، فلزمه الثمن، وإذا كان الخيار للبائع، أو للمشترى، فتناقضا العقد، ثم هلك المبيع فى يد المشترى قبل الرد على البائع، يبطل حكم ذلك الفسخ، ويعود حكم البيع، ويجعل كأن الهلاك كان قبل الفسخ.

نوع آخر
فى الاختلاف الواقع فى عقد البيع على الخيار:

١٢٤٥٢- هشام قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى، قال: قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: رجل ادعى أنه باع هذا العبد من هذا أمس بألف درهم على أنى بالخيار، وجحد المشترى الخيار، فالقول قول البائع، وهو المدعى للخيار، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: القول قول المشترى، وكذلك إن كان المشترى هو الذى ادعى الشراء بشرط الخيار، وجحد البائع الخيار، فالقول قول المشترى، وهو المدعى للخيار عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، عند أبى يوسف: القول قول البائع، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أن القول قول من يدعى[1].

وفى "البقالى": عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن القول قول من ينفى الخيار، وفيه أيضًا القول قول من يدعى الخيار عند محمد رحمه الله تعالى، قال البقالى: وأطلق فى الأصل أن القول قول من ينفيه، وكذا فى "المجرد".

وقال أبو يوسف: إذا ادعى أحدهما الخيار لبيع قد مضى، لم أصدقه إلا ببينة، وإن ادعى أحدهما الخيار لبيع ابتاعه من ساعته، ووصل دعواه بالخيار، فإنى أقبل ذلك من أيهما ادعاه، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: طلقتك أمس إن شئت، وقالت المرأة: طلقتنى البتة، فالقول قول الزوج.

ولو قال: بعتك أمس إن شئت، وقال المشترى اشتريته البتة، فالقول قول المشترى، وإنما

(١) وكان فى الأصل والنسخة "ظ": ينفى بدلا من يدعى.

افترقا ؛ لأن في قوله : بعتك أمس أنك قبلته ، وليس ذلك في الطلاق .

وفي "المجرد" : إذا اختلفا في مقدار الخيار ، فالقول قول من يدعي الأقل ، وإذا اتفقا على مقدار ، واختلفا في المضي ، فالقول قول من أنكر المضي -انتهى -والله سبحانه وتعالى أعلم .

نوع آخر في الاختلاف في الخيار في البيع في موت العبد قبل مضي مدة الخيار وبعده:

١٢٤٥٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الكبير" : رجل باع عبداً من رجل بألف درهم على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وقبضه المشتري ، فمضت المدة ، فقال أحدهما أيهما كان : أن العبد مات في الثلاث ، وانتقض البيع ، ووجبت القيمة ، وقال الآخر : لا ، بل هو حي آبق ، فالقول قول من يدعي أنه حي آبق ؛ لأن الظاهر شاهد له من وجوه من حيث إنه عرف حياة العبد ، والأصل في الثابت بقاءه ، ومن حيث إن العقد قد انعقد ، وكان الأصل بقاءه ، ومن حيث إن مدة الخيار انقضت ، وكان الأصل لزوم العقد ، فكان الظاهر شاهدا له من هذه الوجوه الثلاثة ، ومدعي الموت يشهد له الظاهر من وجه واحد ، حيث إن العين في مدة الخيار كان مضمونًا على المشتري بالقيمة ، والأصل بقاءه .

قلنا : ومن يشهد له الظاهر من وجه واحد ، لا يعارض خبره خبرَ من يشهد له الظاهر من وجوه ، فإن أقاما البينة ، كانت البينة بينة من يدعي أنه حي آبق أيضًا ، وطعن عيسى بن أبان في هذا ، فقال : يجب أن تكون البينة بينة من يدعي الموت في مدة الخيار ؛ لأنه يدعي أمرًا على خلاف الظاهر على ما مر ، والبينات شرعت لإثبات ما خفي من الأمور ، دون إثبات ما ظهر منها ، ألا ترى أنا رجحنا بينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق لإثباتها ما خفي من الأمر ، كذا هنا؟

الجواب أن بينة من يشهد له الظاهر إنما يبطل إذا بقي الظاهر مع بينة خصمه [كما في الخارج مع ذي اليد ؛ لأن هناك شهادة الظاهر إنما تثبت بحكم اليد ، واليد لا تبطل بينة الخارج ، وأما إذا بطل الظاهر بينة خصمه][1] ، لا يبطل كونها حجة لفقه ، وهو أن الظاهر إذا لم يبطل بينته بينة خصمه فيما يثبت له بالظاهر ، لا يثبت بالبينة ، وبينة الخصم يثبت من كل وجه ، فكانت بينة خصمه أكثر إثباتًا ، فترجحت باعتبار هذا ، أما إذا بطل الظاهر ببينة خصمه ، كان

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

هو بينة مثبتًا من كل وجه أيضًا، فلا يترجح بينة خصمه، بل [يطلب][1] الترجيح فى نفس البينة، فما كانت أكثر إثباتًا، فهو أولى.

إذا ثبت هذا، فنقول: لما قامت البينة على الموت فى الثلاث، بطل الظاهر الذى كان يشهد لمن يدعى الحياة بعد الثلاث من كل وجه، وهو ظاهر الحياة، وظاهر العقد وانقضاء المدة، فإن انقضاء المدة لا يؤثر فى اللزوم مع الموت فى المدة، فإذا بطل الظاهر كله معنى الإثبات، وبينة من يدعى الحياة بعد مضى المدة أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت لزوم العقد، وانتقال المبيع من ملك البائع إلى ملك المشترى، والانتقال من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن أيضًا، وبينة صاحبه تنفى ذلك كله، فكانت بينة من يدعى الحياة أولى.

وإن تصادقا بعد الثلاث أن العبد مات، واختلفا فى وقته، فقال أحدهما: مات فى الثلاث، وقال الآخر: مات بعد الثلاث، فالقول قول من يدعى الموت فى الثلاث؛ لأن مدعى الموت فى الثلاث مدعى نقض البيع، وموت العبد سبب لنقض البيع فى البيع بشرط الخيار للبائع، إلا إذا علم موته بعد الثلاث ولم يثبت، وكان الظاهر شاهدًا لمدعى الموت فى الثلاث من هذا الوجه، ولأن مدعى الموت فى الثلاث يدعى ضمان القيمة، وقد عرف ثبوته، ويدعى هلاك العبد على ملك البائع، وعرف كونه ملك البائع أيضًا، فكان الظاهر شاهدا له من هذه الوجوه، فأكثر ما فى الباب أن الظاهر شاهد لمدعى الموت بعد الثلاث من حيث إنه يدعى بقاءه حيًا إلى ما بعد [الثلاث، وقد عرف كونه حيًا، ويدعى حدوث الموت لأقرب الأوقات، ويدعى بقاء العقد إلى ما بعد الثلاث][2] قيامه، فتعارضت الظواهر، لكن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق، ومدعى النقض يدعى حدوث ملك المشترى، وحدوث ضمان الثمن، ومدعى الجواز يدعى حدوث ملك المشترى، وضمان الثمن، فلهذا كان القول قول من يدعى الموت فى الثلاث، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدعى الموت بعد الثلاث؛ لأنه ثبت ببينة لزوم العقد، وحدوث ملك المشترى، والنقل من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن، وكل ذلك غير ثابت قبل البينة، وبينة من يدعى الموت [فى الثلاث ينفى هذه الأشياء، فكانت بينة من يدعى الموت بعد][3] الثلاث أولى.

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و "ظ"، وكان فى الأصل والنسخة "م": يبطل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

ولو تصادقا أن العبد مات بعد الثلاث فى يد المشترى، فأقام أحدهما البينة أن البائع نقض البيع فى الثلاث بمحضر من المشترى، وأقام الآخر البينة أن البائع أجاز البيع فى الثلاث، فالبينة بينة من يدعى النقض؛ لأن حياة العبد بعد مضى المدة يدل على لزوم العقد بالانتقال من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن، فالذى أقام البينة على البعض يثبت خلاف الظاهر، والآخر يثبت ما هو ظاهر، فكانت بينة من يدعى النقض أكثر إثباتًا، ولو تصادقا أن العبد مات فى الثلاث، وأقام أحدهما البينة على النقض، والآخر على الإجازة قبل الموت، فالبينة بينة من يدعى الإجازة؛ لأن الموت فى الثلاث موجب النقض، فالبينة على الإجازة هى التى تثبت ما ليس بظاهر، فكانت أحق بالقبول.

ولو ادعى أحدهما أن الثلاث مضت، والعبد حى، ثم مات وأن البائع أجاز البيع فى الثلاث، وادعى الآخر أن العبد مات فى الثلاث، وأن البائع نقض البيع قبل موته بمحضر من المشترى، ولا بينة لهما، فالقول قول من يدعى الموت فى الثلاث؛ لأن كل واحد منهما ادعى شيئين: أحدهما: الموت فى الثلاث، والنقض قبل ذلك، وادعى الآخر بقاءه فى الثلاث، والإجازة، ودعوى كل واحد منهما أولا متضمن دعوى آخر؛ لأن الذى ادعى بقاء العبد بعد الثلاث ادعى لزوم العقد، وقوله: إن البائع أجاز البيع دعوى لما تضمنه الكلام الأول، والذى ادعى الموت فى الثلاث ادعى انتقاض البيع، وقوله: إن البائع نقض البيع دعوى لما تضمنه الكلام الأول، فلغى عن دعوى كل واحد منهما لدعوى الثانى، بقيت العبرة لدعوى أحدهما الموت فى الثلاث، ودعوى الآخر الموت بعد الثلاث، وقد ذكرنا أن فى هذا الموضع القول قول من يدعى الموت فى الثلاث، والبينة بينة صاحبه، كذا هنا.

وإن ادعى أحدهما أن العبد مات بعد الثلاث، وأن البائع نقض البيع فى الثلاث بمحضر من المشترى، وادعى الآخر أن العبد مات فى الثلاث، وأن البائع أجاز البيع قبل موت العبد، فنقول كل واحد منهما ضم إلى دعواه ما لا يجانسه؛ لأن موت العبد فى الثلاث يدل على النقض، فلا يصح معه دعوى جواز البيع بعد موته، وموت العبد بعد الثلاث يدل على جواز العقد، فلا يصح معه دعوى النقض، فاعتبر من دعوى كل واحد منهما السابق، وهو دعوى الموت فى الثلاث، وبعد الثلاث، وقد بينا هناك أن القول قول من يدعى الموت فى الثلاث، والبينة بينة صاحبه.

ولو كان البائع والمشترى جميعًا بالخيار ثلاثة أيام، وقد قبض المشترى العبد، فادعى أحدهما أن الثلاث مضت، والعبد حى، ثم مات بعد ذلك، وأنهما جميعًا نقضًا البيع فى

الثلاث بمحضر منهما، وادعى الآخر أنه مات في الثلاث، وأنهما جميعًا أجازا البيع قبل موته، فالقول قول من يدعى القبض، والبينة بينة صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ضم إلى دعواه السابق ما لا يجانسه على ما مر، فاعتبر السابق من دعوى كل واحد منهما، وهو دعوى الموت في الثلاث، ودعوى الموت بعد الثلاث، وقد بينا في هذا أن القول قول من يدعى الموت في الثلاث، والبينة بينة صاحبه.

١٢٤٥٤ - قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لو أن رجلا باع من رجل عبدًا على أن البائع والمشترى بالخيار ثلاثة أيام، وقبض المشترى العبد، فمضت الثلاث، والعبد حي قائم، فأقام أحدهما البينة على النقض في الثلاث، وأقام الآخر البينة على الإجازة في الثلاث، كانت بينة النقض أولى؛ لأن العبد لما بقى حيًا بعد الثلاث، فذلك دليل الجواز، ولهذا لو لم يكن لهما بينة، جعل القول قول من يدعى الجواز، فصارت بينة النقض هي المثبتة لأمر غير ظاهر، فكانت أولى، وإن أقاما البينة على ما ذكرنا في الثلاث، فالبينة بينة من لا خيار له؛ لأن من له الخيار يثبت ببينته أمرًا يملك إنشاءه، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، والذى لا خيار له يحتاج إلى إثبات ما يدعيه بالبينة، فكانت بينته أولى، بخلاف ما إذا مضت المدة؛ لأن هناك كل واحد منهما يدعى أمرًا لا يملك استينافه، وبينة النقض هي المثبتة، على ما مر، فكانت هي أولى.

ولو كان الخيار لهما جميعًا، وأقام أحدهما البينة على النقض منهما جميعًا، وأقام الآخر البينة على الإجازة منهما جميعًا، وكان الاختلاف بينهما بعد مضى الأيام الثلاثة، فالبينة بينة من يدعى النقض؛ لأن لزوم البيع ثابت بمضى المدة ظاهرا، فكانت بينة النقض هي المثبتة، فتكون أولى.

ولو اختلفا على هذا الوجه في الأيام الثلاثة، ولم تكن لهما بينة، فالقول قول من يدعى النقض؛ لأنه ادعى أمرًا ينفرد به، والآخر يدعى أمرًا لا ينفرد به، فإن الخيار إذا كان لهما، ينفرد أحدهما بالنقض، أما لا ينفرد بالإجازة، فصار مدعى النقض مدعيًا أمرًا يملك إنشاءه، والآخر مدعيًا أمرًا لا يملك إنشاءه، فيكون القول قول من يدعى النقض.

ولو أقاما البينة، فالبينة بينة مدعى الإجازة؛ لأنه ادعى أمرًا لا ينفرد به، فاحتاج إلى إثباته بالبينة، والآخر ادعى أمرًا ينفرد به، فلم يحتج إلى إثباته بالبينة، فإن عرف تقدم أحدهما فذلك أولى؛ لأن أحد الأمرين إذا ثبت تقدمه، بطل الآخر بعده؛ لأنهما ضدان.

قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير" أيضًا: رجل باع عبدًا على أن البائع

بالخيار ثلاثة أيام، فقبضه المشترى، وقيمته ألف درهم، فزادت قيمته فى الأيام الثلاثة، فصارت ألفى درهم، ثم مضت الأيام الثلاثة، فأقام البائع بينة أن [المشترى قتله خطأ فى الأيام الثلاثة بعد ما صارت قيمته ألفى درهم، وأنكره المشترى، فأقام المشترى بينة أن البائع][1] قتله خطأ بعد مضى الأيام الثلاثة، فالبينة بينة البائع.

فرق بين القتل وبين الموت على هذا الوجه بأن أقام أحدهما البينة بعد مضى الأيام الثلاثة أنه مات فى يد المشترى فى الثلاث، وأقام الآخر البينة أنه مات بعد الأيام الثلاثة، حيث كانت البينة بينة من يدعى الموت بعد الثلاث، والفرق وهو أن القتل نفسه مقصود بالإثبات بالبينة لما يتعلق بالقتل من الضمان على العاقلة؛ فإنه لا يتوصل إلى هذا الحكم إلا بعد إثبات القتل، فصار نفس القتل مقصودًا بالإثبات، ولما كان هكذا فبينة البائع أثبت القتل من المشترى فى وقت لا مزاحم لها، ومن ضرورته [انتفاء][2] القتل من البائع بعد ذلك، إذ القتل لا يتكرر، فأما الموت فغير مقصود بالإثبات، إذ لا يتعلق به حكم مقصود، فلا تعتبر البينة على نفس الموت، وإنما المعتبر ما يترتب على الموت من الحكم، وبينة من يدعى الموت بعد الثلاث أكثر إثباتًا فيما يترتب عليه من الحكم على ما مر.

١٢٤٥٥- ونظير هذا ما قال فى الشهادات: فى رجل أقام البينة أن أباه مات فى رمضان، وهو وارثه، لا وارث له غيره، وأقامت امرأة البينة أن أباه تزوجها فى شوال من تلك السنة، ثم مات، فالبينة بينة المرأة؛ لأن الموت غير مقصود بالإثبات فى رمضان، إذ لا يتعلق به حكم مقصود بالموت فى رمضان، وإنما يثبت الابن الإرث لنفسه، والمرأة مقرة بذلك، أما المرأة تثبت ببينتها النكاح فى شوال، وهو مقصود لما يتعلق به من الأحكام، فكانت بينتها أولى، فبمثله لو أقام الابن البينة أن فلانًا قتل أباه فى رمضان، وباقى المسألة بحالها، كانت بينته أولى؛ لأن نفس القتل ههنا مقصود بالإثبات لما يتعلق به وجوب الدية على العاقلة، فيقضى ببينته بالقتل فى رمضان، ثم لا يتصور النكاح منه بعد ذلك فى شوال، فكذا فى مسألتنا، وإذا قضينا بوجوب ضمان القتل للبائع هنا، كان للبائع أن يضمن عاقلة المشترى، ولو أراد أن يضمن المشترى قيمة العبد يوم قبضه لما أنه قبضه على ضمان القيمة، لم يكن له ذلك؛ لأنا لو أثبتنا له ذلك ابتداء، أبطلناه انتهاء، بيانه: وهو أن البائع متى اختار تضمين المشترى قيمة العبد بسبب القبض، تبين أن القتل لم يكن مقصودًا بالإثبات، إذ لا يبقى للقتل حكم فى هذه الحالة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخة "ف"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": انتقال.

لصيرورة البائع معرضًا عن دعوى ضمان الجناية على القاتل، فبقى مدعيًا مجرد الموت، ولو وقع الدعوى فى مجرد الموت على هذا الوجه كانت بينة المشترى أولى، فيظهر أنه لم يكن للبائع تضمين المشترى القيمة بسبب القبض، فصح أن فى تضمينه فى الابتداء إبطاله فى الانتهاء، وكذلك لو أقام البائع البينة أن فلانًا قتله فى الأيام الثلاثة خطأ، وأقام المشترى بينة على ذلك الرجل أو غيره أنه قتله خطأ بعد مضى الأيام الثلاثة، كانت بينة البائع أولى، ويقضى للبائع على عاقلة القاتل بقيمته يوم القتل، وإن اختار تضمين المشترى القيمة، لم يكن له ذلك؛ لما مر.

ولو كان المشترى أقام البينة على البائع أن البائع قتله فى الأيام الثلاثة، وأقام البائع بينة أن المشترى قتله بعد الأيام الثلاثة، فالبينة بينة البائع ههنا؛ لأن القتل غير مقصود بالإثبات؛ لأن كل واحد منهما بهذا القتل لا يدعى لنفسه حقًا على صاحبه؛ لأن قتل المشترى بعد الثلاث يقع على ملكه، فلا يوجب شيئًا للبائع، وكذلك قتل البائع فى الثلاث يقع على ملكه، فلا يوجب شيئًا للمشترى، فلم يكن القتل مقصودًا بالإثبات، إنما المقصود وما يتعلق به من الأحكام، وذلك فى بينة البائع أكثر، وهو جواز البيع، ولزومه والانتقال إلى ضمان الثمن، فكانت بينة البائع أولى.

ولو أقام البائع بينة على أن هذا الأجنبى قتله بعد الأيام الثلاثة، وأقام المشترى بينة على أن هذا الأجنبى أو غيره قتله فى الأيام الثلاثة، فالبينة بينة البائع؛ لأن كل واحد ببينة يثبت حكم القتل لغيره، وذلك الغير منكر، فلم يكن القتل مقصودًا، فاعتبر كأن البينتين قامتا على الموت على هذا الوجه، وهناك كانت بينة البائع أولى، فكذلك هنا.

وإن أراد المشترى فى هذا الوجه إثبات القتل على الذى أقام عليه البائع البينة أنه قتله بعد الثلاث، وأراد تضمينه، لم يكن له ذلك؛ لأنه قد ادعى القتل على غيره، فيصير بدعوى القتل عليه متناقضًا.

١٢٤٥٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" أيضًا: رجل باع عبدًا من رجل بألف درهم على أن البائع بالخيار فيه ثلاثة أيام، فقبضه المشترى، فصارت قيمته ألفى درهم، فأقام البائع بينة على أن هذا الأجنبى غصب هذا العبد من المشترى بعد ما صارت قيمته ألفى درهم، فمات فى الأيام الثلاثة عنده، وأقام المشترى البينة أن هذا الرجل أو غيره غصب هذا العبد فى الأيام الثلاثة وقيمته ألف درهم، فمات عنده بعد مضى الأيام الثلاثة، فإن بينة المشترى أولى، بخلاف مسألة القتل، والفرق بينهما وهو أن دعوى الغصب على الأجنبى إنما

يعتبر لحكمه، وكل واحد منهما يدعى الحكم لنفسه، ولا معتبر بالموت فى دعوى الغصب، فإن فى دعوى الغصب بحكمه بنفسه صحيح بدون دعوى الموت، وإنما المعتبر فى ذلك جواز العقد، وانتقاضه إن جاز العقد لحكم الغصب للمشترى وإن انتقض، فحكمه يكون للبائع، فصار المحتاج إليه فى دعوى الغصب إثبات النقض للبائع، وإثبات الجواز للمشترى، فالجواز هو العارض، وذلك فى بينة المشترى، فصار الحكم به أولى، ثم يتبعه ضمان الغصب، بخلاف ضمان القتل على ما مر.

ولو أقام البائع بينة على الموت بعد الثلاث عند الغاصب، وأقام المشترى بينة على الموت فى الثلاث، فالبينة بينة البائع؛ لأن كل واحد منهما يثبت حكم الغصب لغيره، فلم تعتبر البينة على حكم الغصب، واعتبر نفس الموت، فيكون القضاء ببينة البائع أولى؛ لما مر، وإذا قضينا على هذا الوجه كان للمشترى أن يضمن الغاصب قيمته، بخلاف ما سبق من مسألة القتل فى نظير هذا، فإن هناك إذا قضينا ببينة البائع، ليس للمشترى أن يضمن القاتل شيئًا، والفرق بينهما أن فى مسألة القتل كل واحد منهما يثبت حكم القتل لغيره، فبطل ذلك، واعتبرت البينة على الموت، وعند ذلك يقضى بالموت بعد الثلاث، فالقضاء بالموت بعد الثلاث ينافى القضاء بالقتل فى الثلاث، أما ههنا الغصب يثبت من هذا الغاصب فى الثلاث بينهما، والقضاء بالموت بعد الثلاث لا ينافى الغصب فى الثلاث، فبقى الغصب محكومًا به، فكان للمشترى أن يأخذه بضمان الغصب، وكذلك إذا كان الغصب من اثنين، كان للمشترى أن يأخذ الذى أثبت الغصب عليه بضمانه؛ لأن الغصب يثبت على الذى أثبته المشترى ببينته، إلا أن المشترى زعم أن حكمه للبائع، وإذا قضينا ببينة البائع، صار المشترى مكذبًا فى زعمه أن ضمان الغصب للبائع، فالتحق زعمه بالعدم، فلهذا كان الجواب كذلك، وإن لم يقم البينة على ما وصفنا من القتل والموت، فالقول قول من يدعى القتل، والموت فى الثلاث؛ لأن الظاهر يشهد له على الوجه الذى قلنا.

نوع آخر
فى شرط الخيار فى بعض المبيع:

١٢٤٥٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": وإذا اشترى الرجل شيئين بأن اشترى عبدين، أو ثوبين على أنه بالخيار فى أحدهما، يأخذ أيهما شاء بعشرة مثلا، ويرد الآخر، فهو جائز فى الثوبين والثلاثة استحسانًا، والقياس أن لايجوز، ولا يجوز فيما زاد على

ذلك قياسًا واستحسانًا، وقد اختلف ألفاظ النسخ في هذه المسألة، وقع في بعضها، اشترى شيئين، وفي بعضها اشترى أحد الشيئين، وهو الصواب؛ لأن المشترى أحدهما، وإنما جاز هذا العقد استحسانًا مع كون المبيع مجهولا؛ لأنه بمعنى ما جاءت به السنة، وهو شرط الخيار ثلاثة أيام لمساس الحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، أما الحاجة فلأن الإنسان قد يشترى الشيء لعياله، ولا يعجبه أن يحمل معه عياله إلى السوق، ولا يرضى البائع بالتسليم إليه عسى ليحمله إلى عياله من غير عقد، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة لاختيار الأرفق بمحضر من عياله، والجهالة هنا غير مفضية إلى المنازعة؛ لأن التعيين إلى من له الخيار، بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه؛ لأن الجهالة ثمه تفضي إلى المنازعة، وبخلاف ما إذا لم يسمّ لكل ثوب ثمنًا، فإن هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول، وإنما اقتصر الجواز على الأثواب الثلاثة؛ لأنه فيما زاد على الثلاث إن انعدمت المنازعة، لم توجد الحاجة؛ لاندفاعها بالثلاث لاقتصار صفات الأثواب على الجودة والوساطة والرداءة، وهذه الرخصة كانت قائمة بوصفين، فلم يقسم بأحدهما، ويجوز هذا العقد إذا كان فيه شرط الخيار مع خيار التعيين، وهل يجوز بدون شرط الخيار، فيه كلام على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ثم هذا البيع يجوز مع هذا الخيار ثلاثة أيام بلا خلاف، وهل يجوز مع هذا الخيار أربعة أيام؟ لا شك أن على قولهما: يجوز، كما في العين الواحد، وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، كان الكرخي يقول: لا يجوز؛ لأن هذا الخيار على قول الكرخي ملحق بخيار الشرط، ولهذا قال: لا يجوز البيع إذا لم يكن الخيار موقتًا، وخيار الشرط إذا كان موقتًا أربعة أيام، يوجب فساد البيع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فكذلك هذا الخيار، وكان ابن شجاع يقول: يجوز؛ لأن هذا الخيار على قول ابن شجاع غير ملحق بخيار الشرط، ولهذا قال: إن البيع جائز مع هذا الخيار، وإن لم يكن موقتًا، فأما إذا ذكر الخيار مطلقًا، ولم يوقته، كان الكرخي يقول: لا يجوز البيع، وإليه أشار في "الجامع الصغير"، وفي المأذون فإنه وضع المسألة في الخيار الموقت.

١٢٤٥٨- وفائدة ذكر التوقيت: أنه لا يجوز بدونه، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي، وفخر الإسلام على البزدوي، وكان ابن شجاع يقول: يجوز، وإليه أشار في "الجامع الكبير"، وفي بيوع "الأصل"، وإليه مال بعض المشايخ، وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان، وجه ما ذكره الكرخي: إن هذا خيار لا يثبت إلا بالشرط، فلا يجوز إلا موقتًا، قياسًا على خيار الشرط في عين واحد، ولهذا ذكره موقتًا في بعض الكتب، وما

ذكره مطلقًا فى بعض الكتب فهو محمول على الموقت، وجه ما ذهب إليه ابن شجاع أن هذا الخيار ليس بخيار شرط، بل هو خيار تميز ملك من له الخيار عن ملك غيره ابتداء وانتهاء؛ لأنه فسر قوله على أني بالخيار بقوله: آخذ أيهما شئت، وارد الآخر، وابدأ الحكم للتفسير، لا لأول الكلام، وخيار تميز الملك لا يتوقف، كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط، ولهذا ذكر محمد هذا الخيار فى بعض الكتب مطلقًا، وإنما ذكر فى بعض الكتب موقتًا ليتبين أن العقد جائز مع التوقيت فى الخيار، كما هو جائز مع التأبيد، لا لبيان أن التوقيت شرط للجواز، وأما قول الكرخى: إنه لا يثبت إلا بالشرط له، قلنا: أما تعلق ثبوته بالشرط قطعًا للمنازعة؛ لأنه متى لم يشترط هذا الخيار لأحدهما، يثبت خيار التعيين لهما جميعًا بحكم الملك، فلا ينفذ تعيين أحدهما على صاحبه قبل اشتراط الخيار له، فكان الشرط محتاجًا إليه لهذا، لا لأنه خيار شرط.

ثم إذا جاز البيع على الوجه الذى قلنا، فقبضهما المشترى، فأحدهما معقود عليه مضمون على المشترى بالثمن، والآخر ملك للبائع أمانة فى يد المشترى؛ لأن الداخل تحت العقد أحدهما، لا كلاهما، والذى لم يدخل تحت العقد حصل قبضه بإذن المالك لا على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة، فيكون أمانة فى يده كالوديعة، فإذا هلك أحدهما، أو تعيب أحدهما، وقد عجز عن رده بحكم الخيار لفوات الشرط، وهو الرد على الوجه الذى قبض، يتعين هو مبيعًا حين تعيب، أو أشرف على الهلاك، ويتعين الآخر أمانة، فيرد الآخر، بخلاف ما لو اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فهلك أحدهما عنده، فإنه لا يرد الباقى؛ لأن العقد تناولهما، ولهذا ملك إتمام العقد فيهما.

ولو رد الباقى منهما بعد هلاك أحدهما كان فيه تفريق الصفقة قبل التمام [وذلك لا يجوز، أما ههنا العقد يتناول أحدهما، ولهذا لا يملك إتمام العقد فيهما، فبعد ما هلك أحدهما لورد الآخر، لا يكون منه تفريق الصفقة قبل التمام](١)، وكذلك إذا تصرف فى أحدهما تصرفا يبطل الخيار، لزمه ثمنه، ويتعين هو مبيعًا؛ لأنه دليل الاختيار، والاختيار بالدلالة كالاختيار بالصريح، ولو تصرف المشترى فيهما، أو حدث العيب بهما، وهما حيّان، فهو على خياره؛ لأن المبيع أحدهما، وأحدهما ليس لتعين البيع فيه بأولى من الآخر، فكان على خياره، فيرد الذى لم يختر، وليس له أن يردهما، بخلاف ما قبل التعيب، والفرق وهو أن العقد ههنا قد لزمه فى المبيع منهما بالعيب، وسقط خيار الشرط، فلا يتمكن من ردهما، بخلاف ما قبل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ف" و"م".

التعيين ؛ لأن العقد هناك لم يلزمه فى المبيع منهما ، وبقى خيار الشرط ، فكان له أن يردهما ، أما ههنا بخلافه ، وإذا رد الذى لم يختر فى مسألتنا ، لا يلزمه أرش النقصان استحسانًا ، والقياس أن يرد معه نصف أرش النقصان ، ولو ماتا معًا ، لزمه نصف ثمن كل واحد منهما ، وجه القياس أن بحدوث العيب فيهما هلك جزء منهما ، والجزء معتبر بالكل .

ولو هلكا معًا ، شاع الأمانة والضمان فيهما ، فكذلك إذا هلك جزء منهما ، وجه الاستحسان وهو أن خيار التعيين لم يسقط بحدوث العيب منهما ؛ لأن المبيع محل لابتداء البيع ، فيكون محلا للبيان ، وإذا بقى خيار التعيين ، صح تعيينه ، فتعين الذى عينه للبيع فيه ، ومن ضرورة تعيينه للبيع تعين الآخر للأمانة ، وتعيب الأمانة فى يد الأمين لا يوجب عليه ضمانًا ، بخلاف ما إذا ماتا ؛ لأنه سقط خيار التعيين بموتهما ؛ لأن الهالك ليس محلا لابتداء البيع ، فلا يكون محلا للتعيين ، وإذا سقط خيار التعيين ، استحكمت الجهالة ، فكان طريق رفعها التوزيع والشيوع ، فلهذا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما ، بخلاف ما نحن فيه .

ثم هل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين ، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، منهم من قال : يشترط ، وهو المذكور فى "الجامع الصغير" ، فقد ذكر فيه : اشترى ثوبين على أنه بالخيار ، يأخذ أيهما شاء ، وهو بالخيار ثلاثة أيام ، ومنهم من قال : لا يشترط ، وهو المذكور فى "الأصل" و "الجامع" ، فإنه ذكر هذه المسألة فى "الأصل" و "الجامع" ، ولم يذكر خيار الشرط ، وهذا القائل يقول : إذا لم يذكر خيار الشرط ، يلزم العقد فى أحدهما ، ولايردهما ، وإذا ذكر ، لا يلزم العقد فى أحدهما ، وله أن يردهما ، وذكر الكرخى هذه المسألة فى كتابه ، ولم يذكر فيها خيار الشرط ، وذكر له أن يردهما ؛ لأن هذا الخيار عنده فى معنى خيار الشرط ، ولهذا يشترط التأقيت فيه .

هذا إذا حصل البيع بشرط الخيار للمشترى ، فإن حصل البيع بشرط الخيار للبائع بأن قال البائع : بعتك أحد هذين الثوبين على أنى بالخيار ، أعين البيع فى أحدهما دون الآخر ، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة ههنا ، ولا فى بيوع "الأصل" ، وذكر الكرخى فى "مختصره" : أنه يجوز استحسانًا ، قالوا : وإليه أشار فى المأذون ؛ لأن هذا بيع يجوز مع خيار الشرط ، فيجوز مع خيار البائع قياسًا على خيار الشرط ، وذكر فى "المجرد" : أنه لا يجوز ؛ لأن هذا العقد مع خيار المشترى إنما لا يجوز ، بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من له الشراء ، وهذا المعنى لا يتأتى فى جانب البائع ؛ لأنه لا حاجة إلى الخيار

لاختيار الأرفق؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع، فيرد جانب البائع إلى ما يقتضيه القياس[١]، هذا إذا باع أحدهما، وشرط الخيار للمشترى ليأخذ أيهما شاء.

١٢٤٥٩- ولو لم يشترط الخيار للمشترى، إنما باعه أحد الثوبين، أو أحد العبدين بعشرة مثلا، فإنه لا يجوز هذا العقد؛ لأن هذا المبيع مجهول جهالة تفضى إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإذا دفعها البائع إلى المشترى، فماتا عند المشترى ضمن نصف قيمة كل واحد منهما؛ لأن أحدهما مبيع ملكه المشترى بالقبض بحكم البيع الفاسد، وصار مضمونًا عليه بالقيمة، والآخر أمانة فى يده، وليس أحدهما بأن يجعل أمانة على التعيين بأولى من الآخر، فتبقى الأمانة، والضمان فيهما.

١٢٤٦٠- ولو مات أحدهما قبل صاحبه، يتعين الأول للعقد كما فى البيع الصحيح إذا مات أحدهما قبل صاحبه، يتعين الأول، وإن أعتقهما المشترى معًا، عتق عليه أحدهما؛ لأن أحدهما ملكه، فكان على المشترى قيمته؛ لأنه ملكه بحكم عقد فاسد، وكان البيان إلى المشترى؛ لأن الذى نفذ عتقه فيه مضمون عليه، والقول فى تعيين المضمون قول من عليه.

ولو أعتق المشترى أحدهما قبل الآخر، جاز عتقه فى الأول، وتعين هو معقودًا عليه تصحيحًا لإعتاقه، ولو قال المشترى: أحدكما حر، كان باطلا؛ لأنه جمع بين ما يملك وبين ما لا يملك، وأعتق أحدهما، وفى مثل هذا لا يصح الإعتاق أصلا، وكذلك لو أعتق البائع أحدهما بغير عينه، كان باطلا؛ لأنه جمع بين ما يملك وبين ما لا يملك؛ لأن أحدهما زال عن ملكه، وكذلك إذا قالا جميعًا: أحدكما حر، كان ذلك باطلا، حتى لا يعتق واحد منهما، وإن قالا جميعًا، أو أحدهما قبل الآخر: هما حران، عتقا؛ لأن كل واحد أعتق ما يملك وما لا يملك، فيصح إعتاقه فيما يملك، ولا يصح فيما لا يملك، وتقرر على المشترى قيمة الذى نفذ عتقه فيه، ويكون الخيار إليه؛ لما قلنا.

١٢٤٦١- وإن مات المشترى قبل التعيين، كان الخيار لورثته؛ لأن الخيار إنما يثبت للمشترى باعتبار أنه وجب عليه القيمة، والقول فى تعيين القيمة إليه، وبعد ما مات المشترى، فالقيمة تجب على الورثة فى تركة الميت، فيكون البيان إليهم أيضًا، ولو كان البائع أعتق أحدهما بعينه بعد ما قبضهما المشترى، لم ينفذ عتقه، وإن رفع الأمر إلى القاضى، حتى ردهما القاضى على البائع بحكم فساد البيع، نفذ إعتاق البائع؛ لأن إعتاق البائع صادف محلا مملوكًا للبائع؛ لأن زوال ملك البائع بالبيع إنما كان ضرورة الثبوت للمشترى، وملك المشترى

(١) وفى النسخة "م": البائع.

إنما يثبت في المنكر، فيزول ملك البائع عن المنكر أيضًا، والإعتاق صادف العين، فكان مصادفا ملك البائع، إلا أنه لم ينفذ في الحال؛ لأن للمشترى خيار التعيين، ولو نفذ الإعتاق، يبطل خيار المشترى، وقد زال هذا المعنى ههنا، فوجب القول بنفاذ العتق.

فرق بين هذا وبين ما إذا أعتق العبد المبيع بشرط الخيار للمشترى، ثم نقض المشترى البيع، حيث لا ينفذ العتق، والفرق وهو أن شرط الخيار للمشترى لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع، وإنما يعود بعد ذلك إلى ملك البائع بسبب الفسخ، والفسخ لم يوجد بعد، فلم يكن السبب قائمًا، حتى يتوقف العتق باعتبار النظر إلى سبب الملك، أما ههنا بخلافه، وفرق بين هذا وبين الموصى له بأحد العبيد الثلاثة، إذا أعتق أحدهم بعينه بعد موت الموصى، ثم عين الوارث الوصية فيه، حيث لا ينفذ عتقه، والفرق أن الموصى له إنما يملك الموصى به بالوصية ابتداء، فالوصية صادفت المنكر، والسبب المصادف للمنكر في حق العين كالمعلق بخطر البيان، والسبب القاصر لا يكفي لتوقف العتق، أما ههنا بخلافه على ما مر.

١٢٤٦٢- ولو أن القاضي لم ينقض البيع حتى أعتق المشترى العبد الذي أعتقه البائع، نفذ ذلك منه، وبطل إعتاق البائع، كان موقوفًا فيه، وكان للمشترى خيار التعيين، فإذا أقدم على إعتاق هذا العبد، صار ذلك منه تعيينًا للبيع فيه، فتعين وطرأ الإعتاق البات على الإعتاق الموقوف، فأبطله، وكذلك لو مات هذا العبد من غير أن يعتقه المشترى، بطل إعتاق البائع؛ لأنه لما مات، تعين هو مبيعًا، فلو أن البائع أعتق العبدين جميعًا بعد قبض المشترى، ثم نقض القاضي البيع فيهما، عتق على البائع أحدهما، والخيار إليه؛ لأن أحدهما باقٍ على ما ملك البائع [وقت الإعتاق، والآخر زائل عن ملكه بحكم البيع الفاسد، والزائل عن ملك البائع][1] بسبب البيع الفاسد لا يتوقف فيه إعتاق البائع، أما الذي بقي على ملكه، ينفذ الإعتاق إليه، ويكون التعيين إلى البائع، وكذلك لو أعتق البائع أحد العبدين بعينه، ثم إن المشترى أعتق العبد الآخر، أو دبر، أو مات العبد الآخر في يد المشترى، نفذ عتق البائع فيه، وكذلك إذا اختار المشترى البيع في الآخر نصًّا، وكذلك لو أعتق البائع العبدين، ثم إن المشترى أعتق أحدهما بعينه، نفذ عتق البائع في الآخر، فيتوقف عتق البائع في هذه المسائل، وإنما يتوقف؛ لأنه لو نفذ فيهما، يبطل خيار المشترى، ولو نفذ في أحدهما يتعين الآخر للبيع من غير اختيار المشترى نصًّا، أو دلالة، ولا وجه إليه، وتعذر القول بالبطلان؛ لأنه إنما يبطل من حيث إنه صادف ملك المشترى، وقبل اختيار المشترى ملك المشترى ليس بثابت قطعًا، بل الحال متردد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بين أن يكون ملك المشترى وبين أن يكون باقيًا على ملك البائع، فقلنا بالتوقف لهذا، وكل جواب عرفته فى البيع الفاسد [بعد القبض، فكذلك الجواب فى البيع الصحيح قبل القبض؛ لأن البيع الصحيح يزيل الملك بنفسه، فصار نظير البيع الفاسد بعد][1] القبض.

ولو أن البائع أعتقهما قبل قبض المشترى بحكم العقد الفاسد عتقا؛ لأن أحدهما ليس بمبيع، والآخر وإن كان مبيعًا، إلا أنه باقٍ على ملك البائع لعدم التسليم.

ولو كان المشترى قبض أحدهما فى البيع الفاسد، فأعتقه البائع، ثم إن المشترى قبض الآخر، وأعتق أحدهما، إن أعتق الذى أعتقه البائع، نفذ إعتاق المشترى، وتعين هو مبيعًا، ويبطل إعتاق البائع، وغرم المشترى قيمته، ورد الآخر، وإن أعتق المقبوض آخرًا، تعين هو مبيعًا [ورد المقبوض أولا، ونفذ فيه إعتاق البائع، ولو قبض المشترى أحدهما، فمات فى يديه، تعين هو مبيعًا][2] لأنه لو قبضهما، ومات أحدهما، تعين الميت مبيعًا مع أن الحى يزاحم الميت فى الملك، فلأن يتعين الميت هنا مبيعًا، والحى لا يزاحم الميت فى الملك لانعدام القبض فى الحى كان أولى، ولو لم يمت المقبوض حتى أعتق المشترى الذى لم يقبضه، بطل الإعتاق؛ لأن الذى لم يقبضه، وإن كان أمانة، فإعتاقه باطل، وإن كان مبيعًا، فهو مبيع ببيع فاسد، لم يملك لعدم القبض، فصادف الإعتاق محلا ليس بمملوك له، وكان باطلا.

ولو قبض أحدهما، ثم قبض الآخر، ثم أعتق المقبوض آخرًا، جاز عتقه، ويتعين هو مبيعًا، وكذا إذا مات يتعين الميت مبيعًا، فقد جعل موت أحدهما [أو عتق أحدهما][3] تعيينًا للعقد فى المعتق والميت، ولم يجعل قبض أحدهما تعيينًا للعقد فى المقبوض، وكذا الجواب فى العقد الجائز، والمعنى الجامع بينهما، وهو أن جواز هذا العقد إنما كان باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق، وذلك إنما يكون بعد قبضهما، وعسى لا يتهيأ له قبضهما معًا، فلو جعل قبض أحدهما تعيينًا للعقد فى المقبوض، يفوت له هذا العوض، فيعود إلى موضوعه بالنقض، وأنه لا يجوز بخلاف الإعتاق، والموت أما فى الإعتاق، فلأن هناك لما أنه أقدم على الإعتاق، فقد قصد صحته، ولا صحة للإعتاق إلا وأن يتعين معقودًا عليه، فيتعين معقودًا عليه ضرورة، بخلاف القبض؛ لأن القبض كما يصح فى الملك يصح فى غير الملك، فلا يكون

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

قبض أحدهما تعيينًا للعقد فيه، وفي الموت إنما يتعين الميت للعقد ضرورة أنه لا يمكن نقض العقد في الباقي بالشك، وهذه الضرورة لا توجد في قبض أحدهما بدون الموت والإعتاق، وشرط في الكتاب أن يكون القبض بإذن البائع [لأن قبض المشتري في البيع الفاسد بعد الافتراق عن المجلس إنما يفيد الملك إذا كان بإذن البائع][1]، وكذلك الجواب في الهبة الفاسدة، فأطلق الجواب في اشتراط الإذن إطلاقًا، تحرزًا عن القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع.

١٢٤٦٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل باع من آخر عبدين بألف درهم على أنه بالخيار [في أحدهما فالبيع باطل، فهذه المسألة في الحاصل على أربعة أوجه: إما أن لا يعين الذي فيه الخيار][2]، ولا يفصل الثمن، وفي هذا الوجه البيع فاسد؛ لأن المبيع مجهول؛ لأن الخيار يمنع حكم العقد في مدة الخيار، فالذي فيه الخيار هو غير داخل في الحكم، وأنه مجهول لم يعينه، وإذا لم يكن غير الداخل في الحكم معلومًا، لم يكن الداخل في الحكم معلومًا، فهو معنى قولنا: إن المبيع مجهول، وإما أن لا يعين [الذي فيه الخيار، ويفصل الثمن، وفي هذا الوجه العقد فاسد أيضًا لجهالة المبيع على ما بينا، وإما أن يعين][3] الذي فيه الخيار، ولايفصل الثمن، وفي هذا الوجه العقد فاسد أيضًا؛ لأن الثمن مجهول؛ لأنه يثبت بطريق الحصة، وإما أن يعين الذي فيه الخيار، ويفصل الثمن بأن قال: كل واحد منهما بخمسمائة، وفي هذا الوجه العقد جائز؛ لأن المبيع معلوم، والثمن كذلك.

١٢٤٦٤- فرق بين الوجه الثالث وبين ما إذا اشترى عبدين، فإذا أحدهما مدبر، أو مكاتب أو اشترى جاريتين، فإذا أحدهما أم ولد، فإن العقد ينعقد في حق القن بوصف الصحة، وإن كان انعقاد العقد في حق القن في هذه المسائل بالحصة؛ لأن العقد لا ينعقد في حق المكاتب، والمدبر، وأم الولد، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من لم يشتغل بالفرق، فقال على قياس هذه المسألة لا ينعقد العقد في حق القن في تلك المسائل، ويصير ما ذكر ههنا رواية في تلك المسائل، ومنهم من اشتغل بالفرق، وهو الصحيح، والفرق ما ذكرنا أن شرط الخيار

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسختين: "ف" و "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "م".

يمنع انعقاد البيع[1] فى حق الحكم، ويجعل العقد فى حق الحكم [كالمعدوم فيما شرط فيه الخيار، وإذا لم ينعقد العقد فى حق الحكم لا ينعقد][2] فى حق المشروط فيه الخيار لو انعقد فى حق الآخر، ينعقد ابتداء بالحصة، أما فى المدبر والمكاتب وأم الولد العقد منعقد فى حق الحكم إذا لم يوجد فى حقهم ما يمنع انعقاد البيع، ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيع هؤلاء، يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة، والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم، فلا ضرورة إلى أن يجعل العقد غير مباشرة فى حق الحكم، فانعقد العقد فى حقهم فى حق الحكم، كما انعقد فى حق القن، ثم وجب قسمة الثمن بعد ذلك عند فسخ العقد على هؤلاء، والانقسام أبدًا يكون بالحصة، ولايوجب خللا فى العقد.

١٢٤٦٥- ولو كان المبيع شيئًا واحدًا، عبدًا أو مكيلا، أو موزونًا، وقد اشتراه بألف، وشرط الخيار فى نصفه للبائع أو للمشترى، جاز، بخلاف ما إذا اشترى عبدين بألف درهم، وشرط الخيار فى أحدهما بعينه، والفرق وهو أن النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت، وثمنه أيضًا لا يتفاوت، وإذا كان ثمن الكل معلومًا، كان ثمن النصف معلومًا أيضًا، فأما العبد الواحد من العبدين يتفاوت، وثمنه يتفاوت أيضًا، وكان حصة المبيع من الثمن مجهولا، وإذا جاز العقد[3] مع شرط الخيار فى النصف، فإن كان الخيار للمشترى، كان له أن يرد النصف الذى شرط له الخيار فيه إن شاء، وإن شاء أجاز العقد فيه، فإن أجاز العقد فيه، يلزمه الكل، وإن ردّ انتقض العقد فى النصف، وإن كان فى رد النصف تفريق الصفقة على البائع، وتنقيض المعقود عليه، إلا أن البائع رضى بهذا التفريق؛ لأنه أثبت الخيار للمشترى فى النصف، والخيار مشروط للفسخ، فيكون راضيًا بفسخ العقد فى النصف لتفريق الصفقة عليه.

قال فى "الزيادات": وإذا اشترى الرجل من آخر عبدين كل واحد منهما بألف درهم، وشرط الخيار فى أحدهما بعينه للبائع، حتى جاز العقد على ما مر قبل هذا، فقال المشترى: أنا آخذ الذى لا خيار فيه، وأنقد ثمنه، لم يكن له ذلك؛ لأن البائع مسلط على إجازة البيع فى الذى فيه الخيار، وعلى اعتبار الإجازة يجعل، كان البيع وقع باتًا من الأصل، فيتبين أن المشترى فرق الصفقة على البائع فى حق القبض، والمشترى كان لا يملك تفريق الصفقة على

---

(١) وفى النسخة "م": انعقاد العقد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ف".

(٣) وفى النسخة "م": ثم إذا جاز له البيع مع شرط الخيار بدلا من وإذا جاز العقد... إلخ.

البائع فى العقد، حتى لو أراد أن يقبل العقد فى البعض دون البعض، ليس له ذلك، لا يملك تفريق الصفقة فى حق القبض، ولكن يتوقف الأمر، إن فسخ البائع البيع فى الذى فيه الخيار، فقد تفرقت الصفقة، وكان للمشترى أن يأخذ الآخر بثمنه، فإن أجاز العقد فيه، أو سقط الخيار فيه بمضى المدة، أخذ الكل بجميع الثمن.

١٢٤٦٦- ولو أراد البائع من المشترى أن ينقد جميع الثمن، وأبى المشترى، لا يجبر عليه، ولو أراد البائع أن يسلم الذى لا خيار فيه إلى المشترى، ويقبض ثمنه من المشترى، ويوقف العقد الآخر، وقال المشترى: لا أقبل منك ولا أعطيك شيئًا من الثمن حتى تجيز البيع فى الآخر، فأخذهما أو تفسخ العقد فيه بأخذ العبد الذى تم البيع فيه بحصته، فذلك إلى المشترى؛ لأن على اعتبار إجازة البيع فى الآخر يتبين أنه فرق الصفقة فى المشترى فى القبض، وليس له ذلك الولاية.

١٢٤٦٧- ولو أراد البائع أن يدفع العبدين إلى المشترى، ويأخذ ثمنهما، لم يجبر المشترى على ذلك؛ لأن الذى فيه الخيار لم يملكه المشترى، والإنسان لا يجبر على قبض ما لم يملكه، وإن قال المشترى: أنا آخذ العبدين، وأنقد ثمنهما، ليس له ذلك إلا برضاء البائع؛ لأن الذى فيه الخيار بقى على ملك البائع، والإنسان لا يجبر على تسليم ملكه إلى غيره، ولكن الأمر موقوف، حتى يظهر الفسخ من البائع، أو الإجازة، فإن أجاز البائع البيع، قضهما المشترى جميعًا، وإن فسخ قبض الذى وجب البيع فيه بثمنه، ولا يجبر المشترى بسبب تفريق الصفقة عليه لرضاه بذلك.

ولو كان الخيار للمشترى فى هذه الصورة، فأراد المشترى أن يأخذ العبد الذى وجب البيع فيه، ويأخذ ثمنه، وأبى البائع، لا يجبر البائع عليه لما مر أن فيه تفريق الصفقة على البائع على اعتبار إجازة المشترى البيع فى الآخر، وكذلك لو أراد البائع أن يسلم إلى المشترى العبد الذى وجب البيع فيه، ويأخذ ثمنه، وأبى المشترى ذلك، فذلك إلى المشترى.

ولو قال المشترى: أنا آخذ العبدين، وأنقد ثمنهما، وأكون على خيارى، وأبى البائع ذلك، لا يجبر البائع عليه.

ولو قال البائع للمشترى: أعطيك العبدين وآخذ الثمنين، وأنت على خيارك، لا يجبر عليه؛ لأن هذا جبر على تسليم ما لم يلزم المشترى، وهو ثمن المشروط فيه الخيار، وقد مر شىء من هذا الجنس فى آخر النوع الثانى من هذا الفصل.

١٢٤٦٨- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أخذ من رجل

ثلاثة أثواب، واحداً بعشرين، وآخر بثلاثين، وآخر بعشرة، على أن يأخذ منها أيها شاء، فضاعت عنده معًا، لزمه ثلث ثمن كل واحد منها، ولو ضاع واحد بعد واحد، لزمه ثمن الأول، وهو فى الآخرين مؤتمن، ولو احترق [ثوبان ونصف منها معًا، فإنه يرد النصف الباقى، ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما، أى من الثوبين، ألا ترى أنهما لو كانا ثوبين، فاحترق أنصافهما معًا، كان له أن يرد أيهما شاء ويلزمه الآخر بثمنه، ولو احترق][١] أحدهما، والنصف الآخر معًا، فإنه يرد النصف الباقى، ولزمه الآخر بثمنه، وليس له أن يمسك هذا النصف بجميع ثمنه، ويجعل الأمانة فى الهالك.

١٢٤٦٩ - ابن سماعة وعيسى بن أبان: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى إحدى أمتين على أنه بالخيار فيهما جميعًا يأخذ أيتهما شاء، إن شاء هذه بألف، وإن شاء هذه بخمسمائة، فوطئ المشترى الأمتين، وحبلتا منه، ثم اختلف البائع والمشترى، فقال المشترى: وطئت هذه أولا، وقال البائع: بل وطئت هذه الأخرى أولا، فالقول قول المشترى فى التى وطئها أولا، ويلزمه ثمنها وثبت نسب ولدها منه، وتكون هى أم ولد له، وأما التى زعم البائع أن المشترى وطئها أولا، فلا سبيل للبائع، ولا للمشترى عليها، أما للمشترى فظاهر، وأما للبائع، فلأن البائع حين زعم أنه وطئها أولا، فقد زعم أنها أم ولد المشترى، وأنه لا سبيل له عليها، وزعمه معتبر فى حقه، وتكون موقوفة إلى أن يموت المشترى، فيعتق عند موته بإقرار البائع، ولا يلزم المشترى ثمن هذه الجارية؛ لأن زعم البائع حجة فى حقه، لا فى حق المشترى.

قال ابن سماعة: وينبغى أن يلزم المشترى عقر الجارية التى زعم البائع أنه وطئها أولا، ويكون العقر له من الثمن الذى يدعيه، ولا يجبر واحد منهما على النفقة عليها، ولكن يكتسب، فيأكل من ذلك.

ابن سماعة فى "نوادره": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل أخذ من رجل ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء، إن شاء أخذ هذا بعشرة، وإن شاء أخذ هذا بعشرين، وإن شاء أخذهما جميعًا، فصبغ أحدهما، واختاره، ورد الآخر، فقال البائع: [اخترت][٢] الذى ثمنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى "ف" و "م".

عشرون، وقال المشترى: لا، بل [اخترت][(١)] الذى ثمنه عشرة، فالقول قول المشترى فى الثمن، وهو بمنزلة رجل اشترى ثوبًا، وصبغه، ثم اختلفا فى قيمته، ولا سبيل للبائع على الثوب؛ لأن الصبغ زيادة فيه، وليس هذا كالغصب، ولو أن المشترى قطع الثوب قميصًا، ولم يخطه، ثم اختلفا فى الثمن، فإن شاء البائع، أخذ ما أقر به المشترى له من الثمن، وإن شاء، أخذ الثوب مقطوعًا، وإن كان القطع قد زاد فيه مثل الصبغ، فلا سبيل للبائع عليه، وله ما أقر به المشترى.

١٢٤٧٠ – المعلى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل أخذ من رجل ثوبين على أن يأخذ أحدهما بخمسمائة بثمن مسمى، فضاع أحدهما، وقطع الآخر، فقال المشترى: اخترت الذى قطعت، ثم ضاع الآخر، وأنا أمين فيه، وقال البائع: بل اخترت الذى ضاع، ثم قطعت الآخر، فعليك قيمة الذى قطعت مع ثمن الذى ضاع، فإن المشترى ضامن نصف ثمن الذى ضاع، ونصف قيمة الذى قطع ونصف ثمنه –والله أعلم–.

نوع آخر
فى شرط الخيار لغير العاقد:

١٢٤٧١ – يجب أن يعلم أن من اشترى شيئًا، أو باع شيئًا، واشترط الخيار لثالث، فالقياس أن لا يجوز العقد، وبالقياس أخذ زفر، وفى الاستحسان: يجوز العقد، ويثبت الخيار للعاقد، ثم يصير المشروط له الخيار وكيلا من جهة العاقد فى الفسخ والإجازة، وإنما كان كذلك؛ لأن تقدير هذا الشرط[(٢)] عندنا كان العاقد شرط الخيار لنفسه، ثم وكل المشروط له الخيار بالتصرف بحكم الخيار، ولو صرح بهذا، كان العقد جائزًا، فإنه لو قال: بعت على أنى بالخيار، ثم وكلت فلانًا بالتصرف بحكم الخيار، إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ، وصار فلان وكيلا من جهته إذا علم بذلك، فكذلك إذا كان تقديره هذا، وإنما جعلنا تقديره هذا؛ لأن اشتراط ما يجب بالعقد لغير العاقد لا يجوز بحكم العقد، ويجوز بحكم الوكالة والنيابة، فيصح من هذا الوجه حمل الكلام على الجواز.

١٢٤٧٢ – هذا كما قال علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى فيمن قال لآخر: أعتق عبدك عنى بألف، فأعتق، فإنه يصير الآمر مشتريًا منه أولا، ثم موكلا إياه بالعتق تصحيحًا للأمر،

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و"م".

(٢) وفى النسخة "م": لأن من تقرير هذا الشرط.

حتى لا يلغو، فكذلك هذا، وأيهما أجاز، أو نقض صح ذلك؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية، أما المشترى فظاهر، وأما المشروط له الخيار، فلأنه وكيل من جهة المشترى بالفسخ والإجازة، وإن أجاز أحدهما، ونقض الآخر، فإن عرف السابق منهما، فهو أولى؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية، فنفذ حال وجوده، وأفاد حكمه، ولا يعمل الآخر بعد ذلك، وإن خرج الكلامان معًا، ذكر في المأذون الكبير أن الفسخ أولى وذكر في بيوع "الأصل": أن تصرف المشترى أولى نقضًا كان أو إجازة، وجه ما ذكرنا في بيوع "الأصل": أن العمل بالأمرين جميعًا متعذر؛ لأن العقد الواحد لا يجوز أن يكون مفسوخًا كله، وغير مفسوخ كله، فلا بد من إثبات أحدهما، وإلغاء الآخر، فنقول: إثبات تصرف المشترى، وإلغاء تصرف الوكيل أولى؛ لأن تصرف المشترى أصل؛ لأنه يتصرف بحكم الملك، وتصرف الوكيل بناء عليه، فيكون كالبيع له، ولا شك أن إلغاء البيع واعتبار الأصل أولى.

وجه ما ذكر في المأذون: أن العمل بهما لما تعذر، ووجب العمل بأحدهما كان العمل بالفسخ أولى لوجهين: أحدهما: وهو أن الاحتياط فيه، فإن الفسخ يوجب الحرمة على المشترى، والإجازة توجب الإباحة، وإذا اجتمعا، رجحنا المحرم على المبيح على ما عرف [أن المبيح مع المحرم إذا اجتمعا، يرجح المحرم على المبيح][1].

فإن قيل: هذا اعتبار جانب المشترى[2]، وإنه يوجب [أن يكون الفسخ أولى، فاعتبار جانب البائع يوجب][3] أن تكون الإجازة أولى؛ لأن الإجازة تثبت حرمة في حقه، والفسخ يثبت إباحة في حقه، فيجب أن تكون الإجازة أولى باعتبار جانب البائع، فلم يصر المشترى بهذا الاحتياط أولى من البائع؟

والجواب عنه: أن مراعاة الاحتياط من كلا الجانبين متعذر، فلا بد من مراعاة أحد الجانبين، وكان مراعاة جانب المشترى أولى؛ لأنا نحتاج [في جانبه إلى إثبات الحل ابتداء؛ لأنه لم يكن ثابتًا عنه فيه، وفي جانب البائع يحتاج][4] إلى إبقاء الحل؛ لأن الحل كان ثابتًا له، وبالفسخ يعود إليه قديم ملكه، ويحل له قديم ملكه، فيكون إبقاء باعتبار قديم الملك، لا إثباتًا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي "م": فإن قيل: هذا اعتبار اجتمعوا جانب المشترى.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

مبتدأ، وأي جانب راعيناه، فقد راعيناه مع الشك، إذا لم يعرف السابق، فنقول: مراعاة جانب المشترى بالاحتياط أولى؛ لأن الإبقاء مع الشك أخف من الإثبات ابتداء بالشك؛ لأن الشيء ينفى مع الشك، ولايثبت ابتداء مع الشك، فلهذا كان مراعاة الاحتياط فى جانب المشترى أولى من مراعاة الاحتياط فى جانب البائع.

والثانى: أن الإجازة لا ترد على الفسخ، فإن المفسوخ لا يجاز، والفسخ يرد على الإجازة؛ لأن المجاز يفسخ، فإذا اجتمعا معًا، كان الفسخ أولى، كنكاح الحرة مع نكاح الأمة إذا اجتمعا، كان نكاح الحرة أولى بالجواز؛ لأنه يرد على نكاح الأمة، ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة، فعند الاجتماع كان نكاح الحرة أولى، كما قلنا فى العتق، والبيع إذا توقفا، فأجاز المالك كليهما، كان العتق أولى؛ لأن العتق يرد على البيع، والبيع لا يرد على العتق، فعند الاجتماع كان العتق أولى، فكذلك هذا، قيل ما ذكر فى البيوع قول محمد رحمه الله تعالى، وما ذكر فى المأذون قول أبى يوسف رحمه الله؛ لأن محمدًا يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يسوى بينهما، أصله فى الوكيل بالسلم، أو بشراء شيء بغير عينه إذا عقد ولم تحضره النية، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يقع للوكيل، وعند أبى يوسف رحمه الله بحكم العقد[1]، وقيل: ما ذكر فى البيوع والمأذون من ترجيح أحد التصرفين على الآخر قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وأما على قول محمد رحمه الله ينبغى أن تصح الإجازة فى النصف، والفسخ فى النصف، ثم يكون للمشترى الخيار إن كان الخيار مشروطًا للبائع وللأجنبى، لتفرق الصفقة على المشترى، وإن كان الخيار مشروطًا للمشترى وللأجنبى، فللبائع الخيار لما يلحقه من الضرر[2] بسبب عيب الشركة وتفرق الصفقة، وإنما قالوا: هذا قياسًا على مسألة أخرى اختلف فيها أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهو أن الوكيل بالبيع إذا باع مع الموكل، وخرج الكلامان معًا، وباع كل واحد منهما من رجل، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: بأن بيع الموكل أولى، وقال محمد رحمه الله تعالى يجوز بيع كل واحد منهما فى نصف العبد، وتكون العهدة عليهما، ويجبر كل واحد من المشتريين، إن شاء رضى كل واحد منهما بنصف العبد، وإن شاء رد، فأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه لم يعمل بالتصرفين متى كان التصرف بتعامل طلب الترجيح لأحدهما، وعمل بالراجح، وأبطل الآخر، فكذلك فى الفسخ والإجازة لا يعمل بهما، بل يطلب الترجيح لأحدهما، ويعمل

(١) وفى "ف" و "م": بحكم النقد.

(٢) هكذا فى النسختين: "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": التفرق.

بالراجح، إلا أنه رجح على رواية كتاب البيوع تصرف الموكل بسبب الأصالة، ورجح في المأذون الفسخ على الإجازة من أيهما وجد للوجهين اللذين ذكرنا، فأما محمد رحمه الله تعالى لم يشتغل بالترجيح في بيع الوكيل والموكل، بل عمل بقدر الإمكان، وأثبت تصرف كل واحد منهما في النصف، فعلى قياس ذلك يجب أن يثبت تصرف كل واحد منهما في النصف متى أجاز أحدهما، وفسخ الآخر ثبت الإجازة في النصف، والفسخ في النصف.

نوع آخر
في البيع والشراء لغيره مع شرط الخيار:

١٢٤٧٣- هذا النوع يشتمل على قسمين: قسم في البيع، وقسم في الشراء، فأما قسم البيع، قال محمد رحمه الله تعالى: رجل أمر رجلا أن يبيع عبده، وأمره أن يشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباعه، ولم يشترط الخيار، لم يجز البيع؛ لأنه خالف أمر آمره إلى شر؛ لأنه أمره ببيع لا يلزمه، ولا يزيل ملكه إلا برضاه، وقد أتى ببيع يلزمه، ويزيل ملكه من غير رضاه، فرق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى بين هذا وبين المأمور بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا جائزًا، فإنه ينفذ على الآمر، والفرق وهو أن البيع الفاسد نوعان: نوع يزيل الملك بنفسه، وهو ما إذا كانت السلعة مقبوضة، ونوع لا يزيل الملك بنفسه، وهو ما إذا لم تكن السلعة مقبوضة، وكلا النوعين داخل تحت عقد الوكالة، فلا يتحقق الخلاف من هذا الوجه، أو تحقق إنما يتحقق من حيث إسقاط، وذلك خلاف إلى ما ينفعه؛ لأن الخيار الثابت بحكم فساد العقد مستحق على العاقد، فإنه يفرض عليه الفسخ إزالة للفساد، ودفعًا للحرام، فإذا باع الوكيل بيعًا صحيحًا، فقد أسقط عنه حقًا مستحقًا عليه، فكان خلافًا إلى خير، فلا يعد خلافًا، فأما خيار الشرط فيثبت حقًا له؛ لأنه ينتفع به، فكان تركه وإسقاطه خلافًا إلى شر، فيعتبر خلافًا، فإن باعه، وشرط الخيار للآمر كما أمره به، نفذ تصرفه عليه؛ لأنه وافق أمره، وثبت الخيار له ولآمره؛ لأن القياس يأبى شرط الخيار لغير العاقد؛ لأنه من حقوق العقد، ولا يمكن إثبات حق العقد لغير العاقد، إلا أنا جوزنا ذلك بطريق، وهو أن العاقد لما شرط الخيار لغيره، فقد قصد تصحيحه، وأمكن تصحيحه بجعله شارطًا الخيار لنفسه بطريق الاقتضاء أولى، ثم جاعلا ذلك الغير نائبًا، ووكيلا عن نفسه في الفسخ والإجازة [فكأنه قال: شرطت الخيار لنفسي، وجعلتك نائبًا عن نفسي في الفسخ والإجازة][1]، ولهذا أبى زفر شرط الخيار لغير العاقد؛ لأن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

شرط الخيار لغير العاقد إنما كان بطريق شرط الخيار [بطريق الاقتضاء، وزفر لا يقول بالمقتضيات، فإن فسخ الوكيل العقد صح فسخه، كما لو شرط الخيار][1] لنفسه لا لغيره، وإن أجاز بطل خياره وخيار الآمر؛ لأن ذلك ثابت بطريق النيابة، ولكن العقد لا يلزم على الآمر بإجازة الوكيل؛ لأن الآمر لم يرضَ بلزوم العقد عند رضاء الوكيل واختياره، ويكون له خيار الإجازة لا خيار الشرط، ولهذا لا يتوقف هذا الخيار بعد إجازة الوكيل بمدة الخيار.

١٢٤٧٤- قال: ولو كان الآمر أمره بالبيع مطلقًا، فباع وشرط الخيار للآمر، أو للأجنبي صح، عملا بإطلاق اللفظ، فإن مطلق اسم البيع كما يتناول البيع الثابت، يتناول البيع بشرط الخيار، وأيهما تصرف فسخًا، أو إجازة يريد به العاقد، والمشروط له الخيار، صح تصرفه، لما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد شرط للعاقد، وتوكيل للمشروط له الخيار بالفسخ، والإجازة بحكم الخيار، فيصح فسخ العاقد وإجازته بحكم اشتراط الخيار، ويصح فسخ المشروط له الخيار، وإجازته بطريق النيابة، والوكالة عن العاقد، ويلزم هذا العقد بإجازة الوكيل؛ لأن الآمر لما أمره بالبيع مطلقًا مع أن اسم البيع مطلقًا يتناول البيع البات، والبيع بشرط الخيار، فقد رضى بلزوم العقد عند رضاء الوكيل، فلم يضر بإسقاط الخيار بالإجازة بمنزلة الفضولى، فلا يتوقف على إجازة الآمر، بخلاف ما تقدم.

١٢٤٧٥- وإن فسخ أحدهما، وأجاز الآخر، وخرج الكلامان منهما معًا، ففى رواية كتاب المأذون الفسخ أولى؛ لأنه ألزم، وفى رواية كتاب البيوع تصرف المالك أولى؛ لأنه أقوى، فإن أمره بالبيع بشرط الخيار لنفسه، أى للمأمور، فباع بشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبى، فإنه يجوز، أما إذا شرط الخيار لنفسه فظاهر، وأما إذا شرط الخيار للآمر، أو للأجنبى، فلما ذكرنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد، وتوكيل للمشروط له الخيار بالفسخ، والإجازة، فصار شارطا الخيار لنفسه، كما أمره به، فيجوز.

١٢٤٧٦- وأما قسم الشراء: قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا أمر الرجل رجلا بأن يشترى له عبدًا بعينه، أو بغير عينه، وسمى له ثمنًا، أو جنسًا، حتى صح الأمر، وأمره أن يشترط الخيار لنفسه، يعنى للمأمور، فاشترى، وشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبى، نفذ على الآمر؛ لأنه وافق أمره، أما إذا شرط الخيار لنفسه، فظاهر، وأما إذا شرط الخيار للآمر، أو للأجنبى، فلما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد شرط للعاقد.

ولو أمره أن يشترط الخيار للآمر، فاشتراه بغير خيار أو شرط الخيار لنفسه، لاينفذ على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الآمر؛ لأنه خالفه عما ينفعه إلى ما يضره؛ لأنه أمره بشراء لا يلزمه إلا برضاه، وقد أتى بشراء يلزمه من غير رضاه، فلا ينفذ على الآمر، ولكن يلزم المأمور، بخلاف البيع، فإنه إذا أمر بالبيع بشرط الخيار للآمر، فباع من غير شرط الخيار، أو باع بغير شرط الخيار لنفسه، حيث لا ينفذ أصلا، لا على الآمر، ولا على المأمور، وكذلك لو أمره بأن يشترط الخيار لنفسه، يعني للوكيل، فاشتراه بغير خيار، لا ينفذ على الآمر، وكان ينبغي أن ينفذ؛ لأنه لما أمره أن يشترط الخيار لنفسه، فقد أمره بشراء يلزمه برضى المأمور، فإذا اشترى، ولم يشترط الخيار، فقد رضى المأمور بلزوم هذا الشراء للآمر، فهذا شراء دخل تحت الأمر، فينفذ على الآمر؟

والجواب: الآمر لما أمره بشرط الخيار لنفسه، فإنما أمره بشراء لا يلزمه بنفسه، وإنما يلزمه بإجازة توجد بعد العقد، فإذا اشترى، ولم يشترط الخيار، فقد أراد أن يلزمه هذا الشراء بنفسه، فصار مخالفًا إلى شر، فلا يلزم الآمر، ويصير المأمور مشتريًا لنفسه على ما ذكرنا.

ولو أمره أن يشترط الخيار لنفسه، أي للآمر، فاشترى، وشرط الخيار للآمر كما أمره به حتى نفذ على الآمر، ثم أجاز المأمور البيع، بطل خياره، والآمر على خياره، وإنما كان كذلك لما ذكرنا أن خيار الشرط لغير العاقد يقتضي ثبوته للعاقد، وإذا ثبت الخيار للعاقد، بطل بإبطاله، إلا أنه لا يلزم الآمر لما ذكرنا أن الآمر ما رضى بلزوم هذا العقد من غير اختياره، فيتوقف على إجازته واختياره.

١٢٤٧٧- واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في أن الباقي للآمر بعد إجازة الوكيل خيار شرط أم خيار آخر؟ بعضهم قالوا: يبقى له خيار شرط؛ لأنه ذو حظ من هذا العقد، فإن المبيع يدخل في ملكه، ويجب الثمن في ذمته، فصح اشتراط الخيار له على طريق الخصوص، فلايبطل إلا بإبطاله، وقال بعضهم: لا يبقى له خيار شرط، لما ذكرنا أن ثبوت شرط الخيار لغير العاقد بطريق النيابة عن العاقد، فإذا أبطل العاقد خياره بالإجازة بطل خياره بالأصل، فيبطل خيار النائب ضرورة، ولكن يبقى له خيار آخر، وهو أنه ما رضى بالتزام حكم العقد من غير اختياره، فيبقى له هذا الخيار، وهو مخير بين التزام حكم العقد وعدم التزامه، كما في مسألة البيع، وهذا أقيس.

وإن كان شراء الفضولي لا يتوقف على الإجازة، إلا أنه إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذًا على المشتري، كما إذا اشترى شيئًا لغيره بغير أمره، فإذا اشترى، ولم يشترط الخيار للآمر حتى صار مخالفًا، وجد نفاذًا على المشتري، فنفذ عليه، وأما شرط الخيار للآمر كما أمره به، لم يجد نفاذًا على المشتري، وإن أجاز لايبطل، لتعلق حق البائع والآمر به، فيتوقف على

إجازة الآمر [كما فى البيع، وصار الشراء الذى لا يجد نفاذًا على المشترى فى حق التوقف على إجازة الآمر][1] نظير مسألة البيع، فإن أجاز الآمر العقد بعد ذلك، كان العبد له؛ لأنه التزام حكم العقد، وإن رد كان العبد للوكيل، حتى لو هلك العبد بعد ذلك فى يد الوكيل، هلك من مال الوكيل؛ لأن الإجازة من الوكيل قد صحت، إلا أنها لم تعمل فى حق الآمر لحقه، فإذا زال حقه بالنقض عملت الإجازة السابقة عملها فى حق الوكيل، فدخل العبد فى ملك الوكيل وضمانه، فإذا هلك، يهلك من ماله.

ونظير هذا الوكيل بالبيع إذا رد عليه بالعيب من غير قضاء القاضى، فإنه يتوقف على قبول الموكل، فإن قبل لزمه، وإن رد لزم الوكيل، والمعنى ما ذكرنا، كذا ههنا.

ولو أن الوكيل لم يرضَ به، ولم يجز البيع من الابتداء، حتى قال الآمر للوكيل: رد العبد، فلا حاجة لى فيه، فهلك بعد هذا القول فى يد الوكيل، هلك من مال الآمر؛ لأن العبد دخل فى ضمان الآمر بقبض الوكيل؛ لأن يد الوكيل يد الآمر، وبقول الآمر: رد العبد لم ينفسخ العقد؛ لأن هذا ليس بفسخ للعقد، بل هو أمر بالفسخ، والأمر بالفسخ لا يكون فسخًا، فبقى العين فى ضمان الآمر، فإذا هلك يهلك من مال الآمر.

وقول محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب على وجه التعليل: هذا ليس بنقض بحضرة من البائع، ليس المراد منه أنه نقض فى نفسه، لكن لا يعمل لغيبة البائع، كما ظنه بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى، وإنما المراد أنه ليس بنقض فى نفسه حتى يبتدئ النقض بحضرة البائع.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وإنما يشترط حضرة البائع لابتداء النقض على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصح ابتداء النقض، وإن لم يكن بحضرة البائع، والمسألة معروفة، فإن قال الوكيل بعد ما قال له الآمر رد هذا العبد: رضيت بهذا العقد، ثم هلك العبد فى يد الوكيل، هلك من مال الآمر؛ لما ذكرنا أن بقول الآمر: رد هذا العبد لم ينفسخ العقد، وقول الوكيل: رضيت بهذا العقد، لا يعمل فى حق الآمر، فبقى العبد على ملك الآمر وضمانه، فإذا هلك، يهلك من مال الآمر.

١٢٤٧٨- قال: ولو أن الآمر حين قال للمأمور: رد هذا العبد على البائع، فلا حاجة لى فيه، باعه المأمور من رجل، فإنه يتوقف هذا البيع على إجازة الآمر؛ لأن العبد بعد قول الآمر: رده باقٍ على ملك الآمر على ما مر، وقد باعه بغير أمره، فيتوقف على إجازته، كما

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

توقف الأول على إجازته، من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا الجواب يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، أما على قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يستقيم؛ لأن المشترى بشرط الخيار للمشترى لا يدخل فى ملك المشترى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لهما، وإذا لم يصر العبد مملوكًا للآمر عنده كيف يتوقف بيع العبد بعد ذلك على إجازته، والتوقف إنما يكون على إجازة المالك، لا على إجازة غير المالك.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل، ووجهه أن على قول أبي حنيفة إن لم يصر العبد مملوكًا، فبسبب الملك فى حقه، وهو الشراء قد وجد، والحكم مستحق بقضية السبب، فصار العبد كالمملوك له نظرا إلى السبب، فجاز أن يتوقف عند المأمور بعد ذلك على إجازته، أو يقول: إن لم يكن العبد مملوكًا للآمر، فهو أقرب الناس إلى إجازة هذا العقد، فجاز أن يعطى له حكم المالك فى حق إجازة هذا العقد، إذ يجوز أن يعطى للإنسان حكم المالك فى حق بعض الأشياء، وإن لم يكن له حقيقة الملك؛ لما يرى أنه أقرب الناس إليها، ألا ترى أن السبع إذا افترس الميت، وبقى الكفن، فالكفن يرد إلى الورثة، لا لأنهم ملكوه، ولكن لأنهم أقرب الناس إليه، فأعطى لهم حكم الملك، كذا ههنا.

١٢٤٧٩- ثم إذا توقف البيع الثانى على إجازة الآمر لو أجاز الآمر البيع الثانى، ينفذ البيع الثانى، والبيع الأول؛ لأنه لما أجاز البيع الثانى، فقد قصد تصحيح البيع الثانى، ولا صحة للبيع الثانى إلا بعد نفاذ البيع الأول، ولا نفاذ للبيع الأول إلا بإجازة البيع الأول، فصار بإجازة البيع الثانى مجيزا للبيع الأول، فنفذ البيع الأول من وقت وجوده، فيثبت الملك له من ذلك الوقت، فحصل البيع على ملكه، وقد لحقته الإجازة، فنفذ، ويطيب له الربح إن كان فى الثمن ربح؛ لأن البيع الثانى حصل على ملكه وضمانه، وإن نقض الآمر البيع الثانى، صار الحال بعد نقض البيع الثانى كالحال قبل وجود البيع الثانى؛ لأنه لما نقض الآمر البيع الثانى، وله ولاية نقضه، صار وجوده والعدم بمنزلة، فصار الحال بعد نقض البيع الثانى، والحال قبل وجود البيع الثانى سواء من هذا الوجه، وإن نقض الآمر البيع الأول بعد البيع الثانى، لزم العقد المأمور؛ لأن إقدام المأمور على البيع الثانى إبطال للخيار، وإمضاء للشراء بينه وبين البائع، كقوله: رضيت إلا أنه لم يعمل هذا الإبطال فى حق الآمر لحقه، فإذا اختار نقض الشراء، فقد أبطل حقه، فعمل ذلك الإبطال فى حق الآمر عمله، فصار العبد ملكًا للمأمور لهذا، ولكن لا ينفذ عليه بيعه الذى كان قبل ذلك؛ لأنه كان قبل ملكه إذ ملكه حدث الآن، والبيع لا يتوقف على ملك سيحدث، ألا ترى أن من باع شيئًا، ثم ملكه بسبب من الأسباب،

لا ينفذ ذلك البيع عليه، وإنما لم ينفذ عليه؛ لما قلنا، فإن جدد المأمور بيعًا بعد ذلك، نفذ، وطاب له الربح إن كان في الثمن ربح؛ لأن العبد صار ملكًا له من وقت النقض، وأنه في يده وضمانه، فينفذ مع طيبة الربح لهذا.

١٢٤٨٠- وإذا اشترى الرجل شيئًا لغيره بأمره، وشرط الخيار للآمر كما أمره به، حتى ثبت الخيار للآمر وللوكيل، ثم اختلف البائع والوكيل بعد ذلك، فقال البائع: إن الآمر قد رضى والآمر غائب، وأنكر الوكيل ذلك، فالقول قول الوكيل؛ لأن البائع يدعى على الوكيل لسقوط خياره بعد ما كان ثابتًا، ووجوب الثمن على الوكيل بعد ما لم يكن واجبًا عليه، والوكيل ينكر ذلك، فيكون القول قوله، ألا ترى أنه لو ادعى الرضاء على الوكيل [في مدة الخيار، وأنكر الوكيل ذلك، كان القول قوله، فكذا هذا، ثم يكون القول قول الوكيل][(١)] بلا يمين، بخلاف ما لو ادعى الرضاء على الوكيل في مدة الخيار، وأنكر الوكيل؛ فإن القول قول الوكيل مع اليمين، والفرق أن الدعوى في مسألتنا توجه على الآمر مقصودًا، فإنه يدعى رضاء الآمر، لا رضاء المشترى، وعلى المشترى تبعًا واقتضاء؛ لأن رضى الآمر متى ثبت، سقط خيار المشترى، ولزمه الثمن، وحكم التبع حكم الأصل، وهذه الدعوى لم تصح في حق إيجاب اليمين على من توجه عليه الدعوى مقصودًا، وهو الآمر، فإن الآمر لو كان حاضرًا، وأنكر الرضى، لا يستحلف الآمر بهذه الدعوى، فكيف يصح في حق توجه اليمين على من توجه عليه الدعوى تبعًا، وهو المشترى، بخلاف ما لو ادعى الرضاء على المشترى؛ لأن الدعوى هناك توجه على المشترى مقصودًا، وهو أصل فيما ادعى عليه؛ لأن العقد في حق الحقوق واقع للعاقد، كأنه اشترى لنفسه، وإنما لم يجب اليمين على الآمر، متى كان حاضرًا، وادعى عليه الرضاء، وذلك لأن الآمر في حق حقوق العقد نائب عن المشترى؛ لما مر، والدعوى على النائب لا تصح في حق إيجاب اليمين عليه، وإن كان يصح في حق سماع البينة، كالوكيل بالخصومة، والأب والوصى، صح الدعوى في مال اليتيم على هؤلاء في حق سماع البينة، ولم يصح في حق إيجاب اليمين، فكذلك هذا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أن في استحلاف الوكيل في هذه المسألة روايتين، على أصح الروايتين: يستحلف الوكيل، هذا إذا أنكر المشترى ما ادعاه البائع، ولم يقم البائع بينة على ما ادعى، فأما إذا أقام البائع البينة أن الآمر قد رضى، فإن البيع لازم للآمر، وإن كان الآمر غائبًا؛ لأن المشترى انتصب خصمًا عن الآمر حكمًا؛ لأن البائع ادعى على

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المشترى حقًا بسبب ادعاه على الغائب وبين المشترى والغائب اتصال بسبب، وهو الأمر، ولا يثبت ما ادعى على المشترى إلا بإثبات ما ادعى على الغائب، فينتصب المشترى خصمًا عن الغائب، وإن تقم له بينة على ذلك، إلا أن المشترى صدقه فيما ادعى من رضاء الآمر، ثم حضر الآمر فى مدة الثلاث، وأنكر الرضاء، وادعى أنه نقض البيع بمحضر من البائع، ذكر أن الشراء يلزم المشترى، ولا يلزم الآمر، حتى لا يكون للوكيل أن يرجع على الآمر بالثمن إذا لم يكن الثمن مدفوعًا إليه؛ لأن المشترى بإقراره أن الآمر رضى، إقرار على نفسه بسقوط حقه فى الخيار، ووجوب الثمن عليه، وعلى الآمر [بالرجوع بالثمن، فإذا أنكر الآمر الرضاء، صح إقرار الوكيل فى حقه، ولم يصح فى حق الآمر][1]، فإذا لم يصح إقراره فى حق الآمر بالرضاء، صار وجود هذا الاقرار فى حق الآمر وعدمه بمنزلة.

ولو عدم فقال الآمر فى مدة الخيار: كنت فسخت، والبائع حاضر، كان القول قوله؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه للحال [ومن حكى أمرًا يملك استئنافه للحال][2]، فإنه يصدق فيما [حكى هذا إذا قال][3] الآمر: هذه المقالة فى مدة الخيار، فأما إذا قال: هذه المقالة بعد مدة الخيار، فإن البيع يلزمه، ولا يكون مصدقًا فيما حكى؛ لأنه حكى ما لا يملك استئنافه للحال، فلزمه البيع بمضى المدة، لا بإقرار المشترى.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٢٤٨١- إذا باع الوصى أو الأب شيئًا من مال الصغير، وشرط الخيار لنفسه، فهو جائز، فإن بلغ الصبى فى مدة الخيار، تم البيع، وبطل الخيار فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد فى ظاهر الرواية: ينتقل الخيار إلى الصبى، فإن أجاز البيع فى مدة الخيار جاز، وإن رد بطل، وجه قول أبى يوسف أن الخيار إنما يثبت حقًا للعاقد لكونه من حقوق العقد، وقد تعذر استيفاءه بعد البلوغ لانقطاع الولاية، فيسقط، ولا ينتقل إلى غير العاقل، كما لا ينتقل إلى الوارث بعد موت المورث، وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن الخيار من حقوق العقد، والعقد وقع للصغير، فكذا الخيار، إلا أنه كان لا يستوفيه بنفسه لعجزه، فإذا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: فيما قال: هذا إذا حكى الآمر.

قدر على الاستيفاء بالبلوغ، يستوفيه، نظيره الملك، فإن الملك فيما يشتريه الأب والوصى للصغير، يقع للصغير، إلا أنه كان لا يتصرف فى ملكه بنفسه لعجزه، فإذا قدر على التصرف بالبلوغ، يتصرف، أما إن ينتقل إليه من الأب والوصى بالبلوغ فلا، كذا ههنا.

إذا ثبت أن الخيار للصبى بعد البلوغ على قول محمد رحمه الله تعالى، فنقول: ليس للوصى أن يجيز، وله أن يفسخ؛ لأن ولاية الإجازة بحكم الخيار، ولم يبق له الخيار بعد البلوغ، لانقطاع الولاية، أما يملك الفسخ؛ لأنه لما شرط الخيار، فقد بين أنه لم يرضَ بالتزام العهدة إلا عند وجود الإجازة، فإذا انعدمت الإجازة منه، كان له أن يفسخ دفعًا للعهدة عن نفسه، ويجوز له أن يثبت حق الفسخ للإنسان، وإن لم يكن له ولاية الإجازة، كالفضولى إذا باع مال الغير، كان له أن يفسخ قبل إجازة المالك، ولا يكون له أن يجيز، كذا هنا.

وفى "النوادر": عن محمد رحمه الله تعالى ثلاث روايات: قال فى رواية: مثل ما قال أبو يوسف، وقال فى رواية: ينتقض العقد؛ لأنه تعذر القول ببقاءه مع الخيار، وبدون الخيار، وقال فى رواية أخرى: ينتقل الخيار إلى الصبى.

واختلفت الروايات عن محمد رحمه الله تعالى فى مضى مدة الخيار، قال فى رواية: يلزم العقد لاستحالة بقاء الخيار بعد المدة، وفى رواية: لا يلزم إلا بإجازته؛ لأن عنده الإجازة فى معنى إنشاء العقد، فيجعل البلوغ الطارئ على العقد قبل الإجازة بمنزلة المقارن للعقد، ولو كان مقارنا للعقد، بأن باع فضولى مال الغير، وشرط الخيار لنفسه، لا يلزم العقد من غير إجازة المالك، وإن مضت مدة الخيار، فههنا كذلك.

١٢٤٨٢- ولو باع المكاتب، وشرط الخيار لنفسه، فعجز فى الثلاث، تم البيع فى قولهم جميعًا؛ لأن المكاتب عاقد لنفسه، فكان الخيار ثابتًا له أصلا، والعجز يوجب بطلان ولايته، فصار كموت من له الخيار، وكذلك المأذون إذا حجر عليه المولى فى الثلاث، بطل خياره؛ لما مر.

١٢٤٨٣- ولو اشترى الأب، أو الوصى شيئًا بدين فى الذمة، وشرط الخيار، ثم بلغ الصبى، فأجاز الأب، أو الوصى، جاز العقد عليهما، و [الصبى][1] بالخيار، إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ؛ لأن ولاية الأب والوصى إن انقطع عن الصغير بالبلوغ، فلم يبق لهما ولاية الإجازة أو الفسخ فى حق الصغير، أما بقى لهما ولاية الإجازة فى حق أنفسهما، فإن أجاز الصبى، تم البيع فى حقه، وإن فسخ، زال حق الصغير، فيصح الشراء فى حق الأب والوصى

(١) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: الوصى.

لوجود الإجازة منه، ونظير هذا الوكيل بالشراء بشرط الخيار للموكل إذا اشترى، وشرط الخيار للموكل، ثم أجاز العقد بعمل الإجازة فى حقه، دون الموكل، حتى إن الموكل لو رضى بالشراء، لزمه المبيع، وإن فسخ العقد، ورد المبيع، لزم الوكيل، فههنا كذلك، وإن لم يجز الصبى [شيئًا حتى مات الوصى بعد ما رضى بالبيع، أو قبل ذلك، فاليتيم على خياره، وإن لم يمت الوصى](١)، ومات العبد فى يد الموصى فى وقت الخيار، أو بعد مضيه، أو مات اليتيم فى وقت الخيار قبل رضاء الوصى بالمشترى، أو بعده، فالشراء لازم للمشترى، وسيأتى بعض هذه المسائل بعد هذا فى فصل الأب والوصى.

نوع آخر فى الاختلاف فى تعيين المشترى بشرط الخيار عند الرد:

١٢٤٨٤- وإذا اشترى الرجل من آخر شيئًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبضه، ثم جاء به ليرده على البائع بحكم الخيار، فقال البائع: ليس هذا هو الذى بعتك، وقال المشترى: هو ذلك، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأن فى خيار الشرط المشترى ينفرد بالفسخ، فيفسخ العقد بمجرد قوله، وبقى ما قبض فى يده مال البائع، فالمشترى يقول للبائع: مالك الذى قبضت منك هذا، والبائع يقول غيره، فيكون القول قول المشترى مع يمينه فى تعيين المقبوض(٢)، اعتبر أمينًا كالمودع، أو ضمينًا كالغاصب.

ولو كانت السلعة غير مقبوضة فى هذه الصورة، فأراد المشترى إجازة العقد فى عين يد البائع، فقال البائع: ما بعتك هذا، وقال المشترى: لا، بل بعتنى هذا، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل فى شىء من الكتب، قالوا: وينبغى أن يكون القول قول البائع، كما لو ادعى عليه بيع هذا العين، وأنكر البائع البيع أصلا، وقال: ما بعتك شيئًا، ولا يتحقق الخلاف فى [الفسخ هنا؛ لأن المشترى ينفرد بالفسخ، والمبيع فى يد البائع، وإنما يتحقق الخلاف حالة الإجازة، كما إذا كانت السلعة مقبوضة لا يتحقق الخلاف حالة الإجازة؛ لأنه أجاز، والمبيع فى يده إنما يتحقق الخلاف حالة الفسخ، هذا الذى ذكرنا إذا كان الخيار للمشترى.

فأما إذا كان الخيار للبائع، إن كانت السلعة مقبوضة، فجاء المشترى بسلعة ليردها على البائع فى مدة الخيار، فقال البائع: ليس هذا الذى بعتك، وقبضت منى، وقال المشترى الذى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى النسخة "م": فى نفس المقبوض.

بعتنى وقبضتنى هذا، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأن الحال لا يخلو: إما أن يدعى البائع هلاك ما باع منه، أو ادعى القيام فى يده، فإن ادعى الهلاك، فقد ادعى ضمان القيمة على المشترى، وأنه لم يكن واجبًا، والمشترى ينكر، وإن ادعى القيام، فقد تصادقا على أن للمشترى حق الرد؛ لأن للمشترى حق الرد فى مدة الخيار، حتى يخرج عن ضمان القيمة، إلا أنهما اختلفا فى تعيين المقبوض، فيكون القول قول المشترى مع يمينه، وإن كانت السلعة غير مقبوضة، فأراد البائع إلزام البيع فى عين، فقال المشترى: ما اشتريت هذا، ذكر أن القول قول المشترى مع يمينه؛ لأن البائع يدعى عليه ولاية إتمام الشراء فى هذا العين، والمشترى ينكر، فيكون القول قوله، كما لو أنكر المشترى الشراء أصلا.

نوع آخر
فى جناية المبيع فى البيع بشرط الخيار:

١٢٤٨٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": رجل باع عبدًا على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة إيام، فقتل العبد قتيلا خطأ فى مدة الخيار، فعلم المولى ذلك، فأجاز البيع، وهو عالم بالجناية، لم يصر مختاراً للفداء، وصحت الإجازة، أما صحة الإجازة، فالإجازة[١] أقوى من ابتداء البيع.

١٢٤٨٦- ولو باع المولى العبد الجانى ابتداء، فإنه يجوز، فالإجازة أولى، ولم يصر مختاراً للفداء [لأنه لم يوجد منه الاختيار نصًا، وكان ينبغى أن يصير مختاراً للفداء][٢]؛ لأنه بالإجازة حصل مزيلا له عن ملكه، فيصير مختاراً للفداء، كما لو باعه، أو أعتقه، والجواب ثمه إنما صار مختاراً للفداء؛ لأن بالبيع والإعتاق يبطل حق أولياء الجناية، أما بالإعتاق فلا شك، وكذلك بالبيع؛ لأن المشترى لا يخير بين الدفع والفداء، إذ الجناية لم تكن فى ملكه، وهو لا يملك إبطال حق ولى الجناية عن عين العبد إلا بالفداء، فيصير مختاراً للفداء، أما ههنا بالإجازة لا يبطل حق ولى الجناية عن عين العبد؛ لأن المشترى يتخير بين الدفع والفداء؛ لأن عند الإجازة يثبت الملك له من وقت البيع، ولهذا إذا حصل الولد من المبيعة بشرط الخيار للبائع فى مدة الخيار، ثم سقط الخيار بالإجازة، فالولد يسلم له، وإذا ثبت أن عند الإجازة يثبت

(١) هكذا فى الأصل والنسخة "ظ"، وكان فى النسختين: "م" و"ف": لأن الإجازة لا تكون أقوى من ابتداء البيع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

الملك للمشترى من وقت البيع، ظهر أن العبد جنى على ملكه، فيخير، فإذا كان كذلك، لم يبطل حق أولياء الجناية عن العبد، فلم يصر البائع مختاراً للفداء.

١٢٤٨٧- وذكر فى كتاب البيوع: إذا باع جارية على أن البائع فيها بالخيار، فملك البائع ولدها فى مدة الخيار، يكره للبائع أن يجيز البيع فى الأم؛ لما فيه من التفريق بين الوالدة وولدها، فجعل الإجازة بمنزلة ابتداء العقد، والفرق وهو أن الإجازة تشبه ابتداء العقد من وجه من حيث إن الملك موقوف على الإجازة، وتشبه الإمضاء من وجه، من حيث إن الإجازة معملة للبيع السابق، وعند الإجازة يستند الملك إلى وقت العقد حكمًا، فكان الملك قبل الإجازة ثابتًا من وجه دون وجه، والملك الثابت من وجه يكفى للخطاب بالدفع أو الفداء، وأصله ملك المكاتب، فإن عبد المكاتب إذا جنى جناية، يخاطب المكاتب بالدفع والفداء، وإذا ثبت أن الملك من وجه كافٍ للخطاب بالدفع أو الفداء، وأنه ثابت للمشترى، توجه الخطاب على المشترى بالدفع أو الفداء، فلم يصر البائع مبطلا حق أولياء الجناية، وهكذا يقول فى مسألة التفريق: إن الإجازة تعتبر بابتداء العقد من وجه، فكانت الإجازة تفريقًا من وجه، لكن الثابت باب الحرمات بالحرمات، والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه فى حق الحرمات.

فإن قيل: البائع ههنا يتمكن من فسخ العقد، فإذا لم يفسخ مع التمكن جعل كالمنشىء للبيع، كمن وكل رجلا بطلاق امرأته فى صحته، ولم يعزل الوكيل، حتى طلق الوكيل امرأته فى مرض موته، يصير موته فارّا، وجعل امتناعه عن العزل[١] بمنزلة إنشاء الوكالة؟

والجواب عنه وهو الفرق بين المسألتين أن الامتناع من الفسخ بمنزلة البيع المبتدأ ما ليس ببيع مبتدأ حقيقة، والامتناع عن [العزل][٢] أيضًا ليس بتوكيل ببيع مبتدأ حقيقة، بل هو بمنزلة الوكيل المبتدأ، إلا أن حق المرأة متعلق بماله، فباعتبار الحقيقة لم يصر فارّا، وباعتبار الحكم يصير فارّا، فلا يبطل حقها بالشك، أما حق أولياء الجناية لم يكن متعلقًا بالفداء، فباعتبار الحقيقة لم يثبت حق ولى الجناية إن كان يثبت باعتبار الحكم، فلا يثبت بالشك والاحتمال، وإذا ثبت أن البائع لم يصر مختاراً للفداء، كان للمشترى الخيار؛ لأن العبد قد تعيب بعيب فى ضمان البائع، فإن رقبته صارت مستحقة بالجناية، فإن اختار المشترى أخذه، يخير المشترى بين الدفع والفداء؛ لأنه تبين أن العبد جنى على ملكه، وأى الأمرين اختارت لا يرجع به على

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل: القول.

(٢) هكذا فى "ف" و"م"، وكان فى الأصل: القول.

بائعه ، وإن وجد العيب فى ضمان البائع ، إلا أن المشترى رضى بكونه معيبًا .

١٢٤٨٨ - وإن اختار المشترى نقض البيع ، يخير البائع بين الدفع والفداء ؛ لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ للعقد من الأصل ، فصار كأن البيع لم يكن ، ثم ذكر فى بعض الروايات ، فأى ذلك يفعل المشترى ، يخير البائع ، وذكر فى بعضها : فإن فعل ذلك ، والمراد : فإن رد ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن البائع إنما يخير عند رد المشترى المبيع عليه ، لا عند الإمضاء ، هذا إذا كانت الجناية فى يد البائع ، وإن كانت الجناية فى يد المشترى ، وباقى المسألة بحالها ، فالبائع على خياره ؛ لأن الجناية فى يد البائع لما لم يبطل خياره بالجناية فى يد المشترى ؛ لأن لا يبطل كان أولى ، فإن أجاز البيع جاز ، ولا يكون للمشترى خيار العيب ؛ لأن عند الإجازة يثبت الملك للمشترى من وقت العقد ، فظهر أن العيب حدث على ملكه فى ضمانه ، ولا يكون له الخيار ، بخلاف الفصل الأول ، ثم يخير المشترى بين الدفع والفداء ؛ لأن الجناية لو كانت حاصلة فى ملكه ، لا فى ضمانه ، يجبر عند استقرار الملك له ، فلأن يجيزها والجناية حصلت فى ملكه وضمانه كان أولى .

هذا الذى ذكرنا إذا كان الخيار للبائع ، فجنى العبد فى يد البائع جناية ، أو فى يد المشترى ، فإن كان الخيار للمشترى ، وجنى العبد جناية فى يد البائع ، كان للمشترى خيار العيب لتعيب الشراء فى يد البائع ، ويبقى خيار الشرط أيضًا ؛ لأن فى إبقاءه فائدة ، فإن ولى الجناية ، ربما يبرئ العبد من الجناية ، فيتمكن المشترى من الرد بخيار الشرط ، فإن اختار الأخذ ، يخير بين الدفع والفداء ، وإن اختار النقض ، يخير البائع ، وقد مرّ هذا من قبل .

١٢٤٨٩ - وإن كان الخيار للمشترى ، فجنى العبد فى يد المشترى فى مدة الخيار ، لم يكن له أن يرده على البائع ؛ لأن العبد تعيب فى مدة الخيار ، فلا يكون له ولاية الرد ، إلا أن تعدى العبد فى مدة الخيار لم يكن[1] له أن يرده بخيار الشرط لزوال العيب ، وهو بمنزلة ما لو اشترى عبدًا ، فحم فى مدة الخيار ، لا يكون له ولاية الرد ، ولو زال الحمى حينئذٍ ، يرده بخيار الشرط ، كذا ههنا ، ولو لم يفد ، واختار الدفع ، سقط خيار الشرط ، وتقرر العبد عل ملكه عند الإقدام على الدفع ، فيجب عليه الثمن .

---

(١) هكذا فى الأصل ، وكان فى النسختين : "ف" و "م" : فى مدة الخيار ، فحينئذ له أن يرده بخيار الشرط .

ومما يتصل بهذا النوع:

١٢٤٩٠- رجل اشترى داراً بشرط الخيار للبائع، أو للمشترى، أو كان البيع باتّا، فوجد فى الدار قتيل، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: الدية على عاقلة صاحب اليد على كل حال، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: على عاقلة المشترى، إن كان البيع باتّا، وعلى عاقلة[1] من يصير الدار له بالفسخ والإجازة، إن كان فيه الخيار، فوجه قولهما: إن هذا مؤنة الملك، فيدور مع الملك، ويتوقف حاله توقف الملك، كصدقة الفطر، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الدية إنما تجب على عاقلة صاحب الدار لصيرورة صاحب الدار جانيًا بترك الحفظ، والحفظ إنما يجب على المالك.

وجه قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إن الحفظ أمر حسى إنما يتأتى بآلة حسية، وذلك اليد، وإنما يعتبر ملك الرقبة ليصير اليد محقة، وقد تيقنا أن يد صاحب اليد ههنا محقة، فلا يعتبر بالملك، ثم عندهما إذا كان البيع باتّا، والدار فى يد البائع، حتى وجبت الدية على عاقلة المشترى، لم يذكر فى الكتاب: أن المشترى هل يتخير، ويجب أن لا يتخير؛ لأن وجود القتل فى الدار ليس بعيب، حلّ بالدار لا حقيقة، ولا اعتباراً؛ فإن الدار لا تصير مستحقة بضمان الجناية، ولا كذلك ما إذا جنى العبد جناية فى يد البائع.

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: قول.

الفصل الثالث عشر
فى خيار الرؤية

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه
فى بيان صفته، وحكمه، وموضع ثبوته:

١٢٤٩١ - يجب أن يعلم أن شراء ما لم يره المشترى جائز عندنا، وصورة المسألة أن يقول الرجل لغيره : بعت منك هذا الثوب الذى فى كمى هذا، وصفته كذا، والدرة التى فى كمى وصفتها كذا، أو لم يذكر الصفة، أو يقول : بعت منك هذه الجارية المتنقبة، وأما إذا قال : بعت منك ما فى كمى هذا، أو ما فى كفى هذا من شىء، هل يجوز؟ وهذا البيع لم يذكره فى "المبسوط"، قال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى : إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا، ومنهم من قال : لا يجوز ههنا، وللمشترى لما لم يرَه خيار إذا رآه.

والأصل فى جواز هذا العقد قوله عليه الصلاة والسلام : «من اشترى شيئًا لم يرَه فهو بالخيار إذارآه»[1] لأن المبيع وإن كان مجهول الوصف [إلا أن الجهالة إنما يفسد العقد باعتبار الإفضاء إلى المنازعة، ألا ترى أن من باع قفيزًا من صرة بحرز، وإن كان مجهولا ؛ لأنه][2] لا يفضى إلى المنازعة، ولا منازعة هنا؛ لأن المشترى بالخيار، فإن وافقه، أخذه، وإلا رده، وهذا الخيار غير موقت، بخلاف خيار الشرط ؛ لأن ثبوت هذا الخيار عرف بالحديث الذى روينا، وأنه مطلق، فإنه عليه الصلاة والسلام قال : «فهو بالخيار إذا رآه» لأنه لا يورث بمنزلة خيار الشرط ؛ لأن الثابت ليس له إلا ولاية الفسخ والإجازة، وأنه لا يبقى بعد موت العاقد، والإرث إنما يجرى فيما يبقى بعد الموت، وهذا الخيار لا يسقط بالإسقاط مقصودًا، حتى لو قال : أسقطت خيار الرؤية، لا يسقط، بخلاف خيار الشرط.

١٢٤٩٢ - ولو باع شيئًا لم يرَه، بأن ورث شيئًا، ولم يرَه حتى باعه، جاز البيع، ولا خيار له فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر، وكان يقول أولا : له الخيار، فعلى قوله

---

(١) أخرجه البيهقى فى "سننه الكبرى" (١٠٢٠٥-١٠٢٠٦) : باب من قال : يجوز بيع العين الغائبة، والدارقطنى فى "سننه" (٨) : كتاب البيوع، وبمعناه الطحاوى فى "معانى الآثار" (٤/ ٣٦٠).

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

الأول: قاس جانب البائع بجانب المشترى، وعلى قوله الآخر فرق بينهما، وكأنه اعتمد على ما روى أن عثمان رضى الله تعالى عنه باع أرضًا كانت له بالبصرة من طلحة، فقيل لطلحة: إنك قد عينت؟ فقال: لى الخيار؛ لأنى اشتريت ما لم أرَه، وقال عثمان رضى الله تعالى عنه: ولى الخيار؛ لأنى بعت ما لم أرَه، فحكما جبير بن مطعم، فقضى لطلحة بالخيار، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، ولم ينكر عليه أحد.

١٢٤٩٣- وفى صرف "القدورى": وليس فى الدراهم والدنانير خيار الرؤية، وكذلك فى سائر الديون؛ لأنه لا فائدة فى الرد، فإن العقد لا ينفسخ بردها؛ لأن العقد لم يرد على عينها، وإذا رد قبض ثانيًا لا، وأن يثبت خيار الرؤية أيضًا، كما فى المقبوض الأول، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، ولو كان شيئًا بعينه، بأن كان إناء، أو تبرًا، أو حليًا مصوغًا، فله فيه خيار الرؤية؛ لأن الرد مفيد ههنا؛ لأنه يتعين بالتعيين، وينفسخ العقد فيه بالرد.

١٢٤٩٤- ولو اشترى عينًا بدين، فالخيار للمشترى، ولا خيار للبائع، ولو تبايعا عينًا بعين، فلكل واحد منهما الخيار؛ لأن الرد من كل جانب مفيد؛ لأن العقد ينفسخ بكل واحد منهما، ويعود إلى الراد[1] عين ما كان له.

١٢٤٩٥- وإذا اشترى شيئًا قد كان رآه، ولا يعرفه، بأن رأى ثوبًا فى يد إنسان، ثم إن صاحب الثوب لفه فى منديل، وباعه منه، أو رأى جارية فى يد إنسان، ثم رآها منقبة عنده، فاشتراها منه، لم يعلم بأنه ذلك الثوب، وتلك الجارية، فله الخيار إذا رآه بعد ذلك؛ لأنه جاهل بأوصاف المعقود عليه وقت العقد، وهو العلة الموجبة فى الخيار.

١٢٤٩٦- وفى "المنتقى": إذا عرض على رجل جراب هروى، فنظر إلى كل ثوب، ثم إن صاحب الثوب لف ثوبًا من الجراب فى منديل، فاشتراه الذى عرض الجراب، فله الخيار إذا رآه، وإن كان بين له صاحب الجراب أنه من ذلك الجراب، حتى نسبه إلى شىء يعرفه بعينه؛ لأنه جاهل بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، فإنه لا يدرى أن الثوب الذى اشتراه جيد أو ردىء.

وفى "الأصل": فلو آراه ثوبين، وعرضهما عليه، ثم لف أحدهما فى منديل، ثم اشتراه منه، ولم يرَه، ولم يعلم أيهما هو، فهو بالخيار إذا رآه؛ لما ذكرنا أنه جاهل بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، فإنه لا يدرى أنه جيد أو ردىء، ولو أتاه بالثوبين جميعًا قد لف كل واحد منهما فى منديل، وقال: هذين الثوبين اللذين عرضت عليك أمس، فقال: أخذت هذا الثوب

---

(١) وفى "م": ويعود إلى الآخر عين ما كان له.

بعينه بكذا، وهذا الثوب بعينه بكذا، ولم يرَهما حالة الشراء، فهذا على وجهين: إما إن اشتراهما بثمن واحد، بأن قال: هذا بعشرة، وهذا بعشرة، وفى هذا الوجه لا خيار له؛ لأنه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، حيث سوى بينهما فى الثمن؛ لأن ذلك دليل على أنهما كانا مستويين فى الوصف، وإذا كانا مستويين فى الوصف، كان عالما بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، وأما إن اشتراهما بثمن مجهول مختلف، بأن قال: هذا بعشرين،، وهذا بعشرة، وفى هذا الوجه له الخيار؛ لأن التفصيل فى الثمن دليل على أن أحدهما أجود من الآخر، ولم يعلم وقت الشراء أن الذى قابله العشرون جيد أو ردىء.

ولو قال: أخذت أحدهما بعشرين، ولم يسم أيهما هو، فإن هذا فاسد؛ لأن المبيع مجهول جهالة توقعهما فى المنازعة.

١٢٤٩٧- ولو اشترى شيئًا[1] قد رآه، وعلم وقت الشراء أنه ذلك الشىء[2]، فلا خيار له إلا أن يكون قد تغير عن الحال الذى رآه عليه، وإذا ادعى المشترى التغير، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشترى يدعى عارضًا، والبائع ينكر، قالوا: هذا إذا كانت المدة قريبة يعلم أنه لا يتغير فى تلك المدة، فأما إذا كانت المدة بعيدة، فالقول قول المشترى؛ لأن الظاهر يشهد له، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى، قال: أرأيت لو كانت جارية شابة رآها، فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة، وزعم البائع أنها لم تتغير، أكان يصدق على ذلك؟ لا شك أنه لا يصدق، وبه كان يفتى الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمهما الله تعالى، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، حتى إن من اشترى من آخر عدل زطى، ولم يرَه، فقبضه، وحدث بثوب منه عيب فى يده، فليس له أن يرد منه شيئًا بخيار الرؤية؛ لأنه عجز عن رد ما تعيب فى يده، فلو رد شيئًا من الثانى، تفرقت الصفقة على البائع قبل التمام، وأنه لا يجوز، وكذلك لو لم يتعيب شىء منه، وأراد أن يرد بعض الأثواب دون البعض، ليس له ذلك؛ لأن فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، ثم إنما منع خيار الرؤية تمام الصفقة؛ لأنه إنما يثبت بسبب جهالة وصف المعقود عليه، والجهالة أصل المبيع، ووصفه أثر فى منع الجواز ولزومه، بأن اشترى ثوبًا من جملة الثياب لا بعينه، فجهالة الوصف مع العلم بالأصل تؤثر فى منع اللزوم، دون الجواز، عملا بالدليلين بقدر الإمكان، وإذا امتنع اللزوم، لم تكن الصفقة تامة؛ لأن اللزوم من أحكام الصفقة، وليس للمشترى أن يجيز قبل

(١) وفى "م": شحما.

(٢) وفى النسخة "م": الشحم.

الرؤية، حتى إنه لو أجازه، ثم رآه، فله أن يرده، ويجوز له أن يفسخ، وإن لم يرَه عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وهكذا روى بشر ابن الوليد عن أبي يوسف في "الأمالي"، وهكذا ذكر في "شرح الطحاوي"، وفي "القدوري" وهو الصحيح.

والفرق وهو أن صحة الفسخ يعتمد عدم لزوم العقد، والعقد ههنا غير لازم لتمكن الخلل في الرضاء، أماولاية الإلزام تعتمد تمام الرضاء، وإنما يتم الرضا بعد العلم بأوصاف المعقود عليه، وأنه لا يتحقق قبل الرؤية، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، حتى لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ولا إلى رضى البائع، لكن لا يصح هذا الرد إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما الرضاء به يصح بعد الرؤية بمحضر من البائع وبغير محضر منه بالاتفاق.

والرضاء به على ضربين: رضاء بالصريح، ورضا بالدلالة، فالرضاء بالصريح أن يقول بعد الرؤية: رضيت أو يقول: أجزت، أو يقول: اخترت، والرضاء بالدلالة أن يراه، ثم يشتريه، أو يراه بعد الشراء، فيقبضه، أو يتصرف فيه بعد الرؤية تصرف الملاك على نحو ما عرف في خيار الشرط، فإذا فعل شيئًا من ذلك، سقط خياره، وهو النوع الثاني من هذا الفصل.

١٢٤٩٨- إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية تصرف الملاك، فهو على وجهين: إن كان تصرفًا لا يمكن فسخه بعد وقوعه ونفاذه، نحو الإعتاق والتدبير، لزم البيع، وبطل خياره؛ لأنه ملك المشتري قبل الرؤية، فنفذ هذه التصرفات، وبعد نفوذ هذه التصرفات يتعذر الفسخ، فيبطل الخيار ضرورة، وكذلك لو علق بالمبيع حقًا للغير، بأن آجر، أو رهن، أو باع بشرط الخيار للمشتري؛ لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ، فيبطل الخيار ضرورة، حتى لو افتكّ المرهون، أو مضت مدة الإجارة، أو رد المشتري عليه بشرط الخيار، ثم رآه، لا يكون له ولاية الرد، وإن كان تصرفًا لم يتعلق به حق الغير، بأن باع بشرط الخيار لنفسه، أو وهب ولم يسلم، أو عرض على البيع، لا يبطل خياره، وإن كان هذه التصرفات منه بعد الرؤية، يبطل خياره.

ذكر "القدوري": هذه الجملة في كتابه، والفرق بين ما قبل الرؤية وبين ما بعد الرؤية في حق التصرفات التي لم يتعلق بها حق الغير أن خيار الرؤية لو بطل بهذه التصرفات، إنما يبطل من حيث إنها دليل الرضاء بالإمساك، لا باعتبار تعلق حق الغير، إلا أن خيار الرؤية لا يسقط بصريح الرضاء قبل الرؤية، فدليل الرضاء أولى، أما بعد الرؤية يسقط هذا الخيار بصريح

الرضاء، فكذا يسقط بدليله أيضًا.

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أن المشترى إذا باعه بشرط الخيار لنفسه، يسقط خياره، وقيل: تلك الرواية أصح، وذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسى رحمهما الله تعالى فى شرحهما: أن هذا الخيار يبطل بالعرض على البيع، وذكر القاضى الإمام فخر الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى: أنه لا يبطل، كما ذكره القدورى، ورأيت فى نسخة: أن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا يبطل هذا الخيار بالعرض على البيع، وعلى قول محمد: يبطل.

وروى هشام رحمه الله تعالى: أن هذا الخيار يبطل بنقد الثمن، وقد مرّ أن خيار الشرط لا يبطل بنقد الثمن.

١٢٤٩٩- وفى "المنتقى": اشترى شيئًا لم يرَه، وقال للبائع: بعه، أو قال: بعه لنفسك، فهذا رد الساعة، باعه البائع، أو لم يبعه، وقد انتقض البيع، ولو زال ذلك بعد ما رآه، لم يذكر هذا الفصل فى هذه المسألة، إنما ذكره بعدها فى مسألة الشاة، فقال: إذا اشترى شاة، ولم يقبضها حتى قال للبائع: بعها، أو بعها لنفسك، فهو سواء، فإن كان لم يرَها، فهو الساعة نقض للبيع، ورد بخيار الرؤية، وإن كان قد رآها، لم يكن نقضًا، حتى يقول: قد قبلت ذلك، وأنا أبيع.

١٢٥٠٠- وفيه أيضًا: اشترى شاة، ولم يقبضها، ولم يرَها حتى قال للبائع: احلب لبنها، وتصدق به، أو قال: فأطعمه عيالى، أو قال: صبه فى الأرض، ففعل البائع ذلك، فإن المشترى قابض لذلك اللبن، وقد بطل خيار الرؤية فى الشاة، ذكر مسألة الشاة بعد هذا، وقال: إذا لم يرَها، وقال للبائع: كل لبنها، أو قال: أطعمه عيالك، ففعل، فهو نقض فى اللبن خاصة، ولو قال: احلبها، وأطعمه، أو قال: فأطعم عيالى، فهذا لا يبطل خيار الرؤية الساعة، فإن حلبها، وأطعمه المشترى، والمشترى يعلم أنه لبنها، أو لا يعلم، أو كان المشترى لم يأمره بذلك، وفعله البائع من قبل نفسه، فإن خيار الرؤية فى هذا يبطل.

ولو كان اللبن محلوبًا، فقال: بع لبنها، أو قال: أطعمه عيالى، أو قال: تصدق به، ففعل، فهو نقض فى اللبن خاصة بمنزلة ما لو اشترى عبدين، كل واحد منهما بخمسمائة، ولم يرَهما، ثم قال للبائع: بع فلانًا يعنى أحدهما بعينه، فإن ذلك مناقضة فيه خاصة، كذا ههنا.

١٢٥٠١- وإذا اشترى خفًا، فألبسه البائع، وهو نائم، فقام، فمشى فيه، وذلك ينقصه، فقد بطل خيار الرؤية، وإن لم ينقصه، لا يبطل خيار الرؤية.

١٢٥٠٢- وإذا اشترى داراً، ولم يرَها، فبينت داراً بجنبها، فأخذها بالشفعة، فله أن يرد الدار المشترى بخيار الرؤية، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى.

١٢٥٠٣- وفى "الأصل": إذا اشترى عدل زطى لم يرَه، ثم باع ثوبًا منه، ثم نظر إلى ما بقى، ولم يرضَ به، فليس له أن يرد بخيار الرؤية، فإن عاد ما باع إلى ملكه، هو فسخ من كل وجه، فله أن يرد الكل بخيار الرؤية، إلا على رواية على بن الجعد عن أبى يوسف رحمه تعالى، فإنه يروى عنه أن خيار الرؤية إذا سقط، لا يعود، وإن عاد إليه قديم ملكه، كخيار الشرط.

١٢٥٠٤- وفى "الأصل": إذا جرح العبد عند المشترى جرحا له أرش، أو كانت أمة، فوطئها غير المشترى بشبهة، فليس له أن يردها بخيار الرؤية، وإن كان وطئها غير المشترى بطريق الزنا، أو وطئها المشترى، أو كان الجرح من المشترى، فليس له الرد، إلا أن يرضى البائع فى المسائل الثلاث، وإذا ولدت ولدًا، فإن بقى الولد، فليس له الرد على كل حال، وإن مات الولد، إن أوجب الولادة نقصانًا ظاهرًا، فليس له الرد، إلا برضاء البائع، وإن لم يوجب نقصانًا ظاهرًا، فكذلك على رواية كتاب المضاربة؛ لأن على رواية كتاب المضاربة: الولادة فى بنى آدم عيب لازم أبدًا.

١٢٥٠٥- وإن كانت شاة، فولدت فى يد المشترى، إن بقى الولد، فليس للمشترى أن يردها على كل حال، وكذلك إن قتل الولد، وإن مات، كان له الرد؛ لأنه لما مات من غير صنع أحد، جعل كأن لم يكن، فالولادة لا تكن عيبًا فيها؛ لأنها لاتوجب نقصانًا فى البهائم.

ولو أن البائع جرح العبد عند المشترى، أو قتله، ذكر فى "الأصل": أنه وجب البيع على المشترى، وعلى البائع القيمة فى القتل، والأرش فى الجراحة.

وذكر فى فصل الجراحة فى كتاب الشرب، وقال: على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يسقط خيار المشترى، ويلزمه البيع، وعلى قول أبى يوسف: لا يسقط خياره، وقال فى موضع آخر: على قول أبى يوسف الأول: يسقط خياره، وعلى قوله الآخر: لا يسقط.

وفى "نوادر ابن سماعة": أن الخيار لا يسقط، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

وفى بعض "النوادر": خيار المشترى يسقط بجراحة البائع عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما: لا يسقط، قالوا: وهو الصحيح.

ولو أجاز المشترى العقد فى بعض المبيع دون البعض، بأن اشترى ثوبين، أو عبدين، أو ما أشبه ذلك، ورآهما بعد ما قبضهما، ورضى بأحدهما، فقال: رضيت بهذا، لم يجز؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام، والخيار على حاله؛ لأن[1] إلزام بقية المبيع، ولم يوجد الرضاء به متعذر، ورد الباقى وحده متعذر؛ لما فيه من تفريق الصفقة، فتعين رد الكل، وصار وجود الإجازة فى البعض والعدم بمنزلة، ذكر المسألة على هذا الوجه.

ابن سماعة فى "نوادره": عن محمد رحمه الله تعالى: قال ثمه: ولو لم يقل: رضيت بهذا، ولكن عرض أحدهما على البيع، لم يكن له أن يردهما؛ لأن خيار الرؤية قد سقط حكمًا للعرض على البيع، وما ثبت حكمًا لا مردّ له، فيلزمه العقد فى الآخر ضرورة، قال ثمه: وكذلك لو كانا فى يد البائع، فرآهما وقبض أحدهما، فهو دليل الرضاء بهما، وليس له أن يردهما.

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه سوى بين الرضاء بأحدهما وبين عرض أحدهما على البيع [وقال: لا يبطل خياره حتى يرضاهما، أو يعرضهما على البيع، فهذا إشارة إلى أنه لو عرضهما على البيع][2] أنه يبطل خياره، وقد ذكرنا قبل هذا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن المشترى لو عرض المبيع على البيع أنه لا يبطل خياره.

و[فى "القدورى": عن أبى يوسف لو عرض المشترى بعض المبيع على البيع أنه يبطل خياره][3].

وفى "المنتقى" أيضًا: عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فيمن اشترى جاريتين، ورآهما، ورضى بإحداهما، فهو رضاء بهما، ولو رأى إحداهما، ورضى بها، لم يكن رضاء بهما.

١٢٥٠٦- رجلان اشتريا شيئًا لم يرياه، وقبضاه ثم نظرا إليه، فرضى به أحدهما، وأراد الآخر الرد، فليس له أن يرد إلا أن يجمعا على الرد، وهذا قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وكذلك إذا كان البائع اثنين، والمشترى واحدًا، والخيار للبائعين، فنقض أحدهما، وأجاز الآخر، لا يجوز ما لم يجمعا على الإجازة.

---

(١) لعله لأنه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و"م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ولو أن رجلين اشتريا جارية، وقد رآها أحدهما [وأجاز الآخر][1] فقبضاها، فنظر إليها الذى لم يرَها، وأجمعا على ردها هو وصاحبه، فلهما ذلك، ولو أن الذى رآها قال: قد رضيت، وأنفذت البيع قبل أن يرد الذى لم يرَها، كان للذى لم يره أن ير جميع المبيع، ورضا شريكه بمنزلة رؤيته.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الأمالى": اشترى ثوبًا لم يرَه، فإذا هو قصير لا يقطعه، وأراد أن يرده، فقال له البائع: أره الخياط، فإن قطعك فأمسكه، وإلا فرده، فأراه الخياط، فإذا لا يقطعه، فله أن يرده، وليس هذا كعرضه على البيع، هذا بمنزلة ما لو قال: اذهب به، فإن رضيته، وإلا فرده، وكذلك الخف، والقلنسوة، وكل شىء بمنزلة صغره، أو نقصانه، ولو كان عبدًا، فوجده أعمى، فقال: أريد أن أعتقه عن كفارة يمينى، فإن أجزى، وإلا رددته، فله أن يرده، هذا بمنزلة الصغير.

وفى "الفتاوى": سئل أبو بكر عمن اشترى أرضًا، ولها أكار، فزرعها الأكار برضى المشترى، بأن تركها عليه على الحالة المتقدمة، ثم رآها، فليس له أن يردها؛ لأن فعل الأكار بمنزلة فعل المشترى، وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى تمرًا بالرى، وهو فى أوعيته، فحمله إلى الكوفة، ولم يكن رآه، هل له أن يرده بالكوفة إذا رآه؟ قال: لا، ولكن يحمله إلى الرى، ويرد ثمه.

١٢٥٠٧- وفى "الفتاوى": إذا اشترى لبنًا على أن يحمله البائع إلى منزل المشترى، وكان ذلك بالفارسية حتى صح البيع، فحمله البائع إلى دار المشترى، ولم يكن رآه المشترى، فأراد أن يرده بخيار الرؤية، ليس له ذلك؛ لأنه لو رده، يحتاج البائع إلى الحمل، فيصير بمنزلة عيب حادث عند المشترى.

١٢٥٠٨- وفى "المنتقى": رجل باع جارية بألف درهم وعبد، ودفع الجارية، وقبض العبد والألف، فرأى العبد، ولم يكن رآه قبل ذلك، فرده بخيار رؤية، جاز رده، ولا ينتقض البيع فى جميع الجارية، وإنما ينتقض بحصة العبد فيها، ويرجع بحصة العبد من الجارية إلى بائعها، وأما حصة الألف من الجارية، فلا ينتقض البيع فيها، ولا يعود إلى بائعها.

بشر[2] عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى رجل اشترى كرّى حنطة، ولم يرَهما، فأقال فى أحدهما قبل القبض أو بعده، فله خيار الرؤية فيما بقى -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) هكذا فى "ف" و"م"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": بشىء.

نوع آخر فيما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال الخيار:

١٢٥٠٩- فإذا رأى بعض المبيع، ورضى به، ولم يرَ الباقى، هل يكون على خياره؟ فالأصل فيه أن غير المرئى [إذا كان تبعًا للمرئى، فليس له رد غير المرئى][(١)]، وإن كان رؤية المرئى لايعرف حال غير المرئى؛ لأن التبع حكمه حكم المتبوع، فيعتبر مرئيًا تبعًا للمرئى، وإذا سقط الخيار فى "الأصل" سقط فى التبع.

١٢٥١٠- بيانه: إذا اشترى جارية أو عبدًا، و رأى وجهه، و رضى به، لا يكون له الخيار بعد ذلك، ولو رأى ظهرها، وبطنها، ولم يرَ وجهها، فله خيار الرؤية؛ لأن سائر الأعضاء فى العبيد والجوارى تبع للوجه، ألا ترى أنه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى فى سائر الأعضاء فى الدواب، يشترط النظر إلى مقدمها ومؤخرها، هكذا ذكر "القدورى"، قال: لأنه فى العادة عند شراء هذه الأشياء ينظر إلى مقدمها ومؤخرها، ولا يلتفت إلى شىء آخر، فصار ذلك أصلا، وغيره تبعًا، وذكر فى موضع آخر: أن عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يعتبر النظر إلى مقدمها ومؤخرها، وعند محمد يعتبر النظر إلى مؤخرها لا غير.

و فى "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: وفى الدواب يسأل النخاسون، فإن قالوا: يحتاج مع النظر إلى الوجه، والكفل إلى النظر إلى مؤخرها لنقصان كان فى مؤخرها من غير عيب، فله الخيار ما لم ينظر إلى مقدمها ومؤخرها، وإن كان مؤخرها لا يكون فيه نقصان من غير عيب، فنظر إلى المقدم، لا يكون له خيار بعد ذلك، وإن كان إذا نظر إلى مؤخرها، لا يحتاج إلى النظر إلى مقدمها؛ لما أنه لا يكون فى مقدمها نقصان من غير عيب، لم يكن له خيار إذا نظر إلى مؤخرها.

١٢٥١١- وعن محمد رحمه الله تعالى: فى الدواب أنه يحتاج إلى النظر إلى وجهها أو جسدها، والنظر إلى قوائمها لا يكفى، وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فى البرذون والحمار والبغل يكفى أن يرى شيئًا منه، لا الحافر والذنب والناصية، وفى الشاة القنية لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها، وفى شاة اللحم لا بد من الجس حتى يتبين به الهزال والسمن، وفى المنقول إن كان شيئًا مقصودًا منه، كالوجه فى المعافر، وموضع العلم فى بعض

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الثياب، فلا بد من النظر إلى ذلك الموضع لسقوط الخيار، كذا روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه [وإن لم يكن شيء منه مقصودًا، كالكرباس إذا نظر إلى ظاهره محطويًا، فلا خيار له بعد ذلك؛ لأن التفاوت بين المرئى وغير المرئى فى الكرباس وأشباهه يسير، وإن وجد الباقى مثل ما رآه، فلا خيار له، وإن وجده دونه، فله الخيار، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله][١]، إذا اشترى جراب هروى، فأراه من كل ثوب قطعة، فلا خيار له، وإلا له الخيار، قال هشام: قلت لمحمد: إذا كان المشترى طنفسة، فرأى أسفلها، ولم يرَ وجهها وموضع الوشى منها، قال: لا خيار له، قال: هذا شيء واحد، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه.

وروى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فيمن اشترى بساطًا أن له الخيار حتى يرى جميعه، وما كان له وجهان من ثوبين مختلفين، فإنه يشترط لرؤية كلا الوجهين، وعند محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى جبة مبطنة، ورأى بطانتها، ورضى بها، لا يبطل خياره حتى يرى الظهارة، يريد به إذا كان بطانتها دون ظهارتها، وكذلك الحكم فى كل شيء مبطن بطانته دون ظهارته، وأما المسمور وكل شيء بطانته أرفع، وأكثر ثمنًا من ظهارته، فرأى البطانة، ورضى بها، بطل خياره، إلا أن تكون البطانة فائقة، فحينئذٍ يشترط رؤيتها.

١٢٥١٢- وفى "فتاوى النسفى": إذا اشترى مكاعب، وقد جعل وجوه المكاعب بعضها إلى بعض، فنظر المشترى إلى ظهورها، لا يبطل خيار الرؤية، ولو نظر إلى وجوهها، ولم ينظر إلى الصرم، يبطل خيار الرؤية؛ لأن الوجه أصل، والصرم تبع.

١٢٥١٣- ولو اشترى رحاً بأداتها، ومن أداتها شيء مباين لم يرَه، فله الخيار إذا رآه، ويرد الكل [وكذلك إذا اشترى سُرجًا بأداته، ورأى السرج، ولم يرَ اللبد، فله الخيار إذا رآه، ويرد الكل][٢].

١٢٥١٤- وإن كان المشترى دارًا إذا رأى حيطانها، ولم يرَ داخلها، رضى به، فلا خيار له بعد ذلك، قالوا: وهذا إذا لم يكن جوف الدار أبنية، أو كان إلا أنه لايختلف أبنية ذلك الموضع، بل يكون على تقطيع واحد، وأما إذا كان داخل الدار أبنية، ويختلف أبنية دور ذلك الموضع، فله الخيار، وما ذكر من الجواب فى الكتاب فذلك بناء على عادة أهل الكوفة وبغداد، فإن أبنية دورهم لا تختلف، وقال زفر: لا يبطل الخيار حتى يرى شيئًا من أرض دهليز، أو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

شيئًا من أرض الدار ، وقال الحسن : لا يبطل الخيار حتى يدخلها ، ويتأمل جوانبها ، وشخصها ، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى من أهل زماننا قالوا فى البيت الصغير وهو الذى سمى عليه "خانه" : إذا رأى خارج البيت ، ورضى به ، بطل خياره ، كما هو جواب الكتاب ، وفى الدور يعتبر رؤية داخلها ، وهو جواب المشايخ رحمهم الله تعالى .

وقالوا أيضًا : وفى الدور رؤية ما هو المقصود ، حتى إنه إذا كان فى الدار بيتان شتويّان ، وبيتان صيفيّان ، وبيتا طابق ، يشترط رؤية الكل ، كما يشترط رؤية صحن الدار ، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا فى بلد يكون العلو مقصودًا ، كما فى سمرقند ، وبعضهم شرطوا رؤية الكل ، وهو الأظهر والأشبه ، وإن كان المشترى بستانًا ، يشترط رؤية رؤوس الأشجار ، ويكتفى بها ؛ لأن برؤية رؤوس الأشجار يعرف حال الباقى ، وفى كتاب القسمة لم يشترط رؤية رؤوس الأشجار أيضًا ، وصورة ما ذكر ثمه إذا اقتسما بستانًا وكرمًا ، وأصاب أحدهما البستان ، وأصاب الآخر الكرم ، ولم يرَ واحد منهما الذى أصابه ، ولا رأى جوفه ، ولا نخله ، ولا شجره ، ولكنه رأى الحائط من ظاهره ، فلا خيار لواحد منهما ، فقد اكتفى برؤية ظاهر الحائط ، ولم يشترط رؤية رؤوس الأشجار ، ويجب أن يكون الجواب المذكور فى البستان بناء على عادة بلادهم ، أما فى بلادنا ، لا يكتفى برؤية ظاهر حائط البستان ، ولا برؤية رؤوس الأشجار ، ويشترط رؤية داخل الكرم ؛ لأن داخل الكرم فى بلادنا يتفاوت تفاوتًا فاحشًا ، وإن كان المبيع أشياء ، ففى العدديات المتفاوتة ، نحو الثياب التى اشتراها جراب ، والبطيخ الذى يكون فى السريحة ، وغير ذلك ، لا بد من رؤية كل واحد ، وإذا رأى البعض فهو بالخيار فى الباقى ؛ لأن كل واحد مقصود ، ورؤية المرئى[1] لا يعرف حال الباقى ، ولكن إن أراد الرد ، يرد الكل تحرزًا عن تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، وفى العدديات المتفاوتة ، نحو الجزر والبيض ، رؤية البعض يكفى إذا وجد الباقى مثل المرئى ، أو فوقه ؛ لأنه رؤية البعض [تعرف حال الباقى ، والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة ، يكتفى فيه برؤية البعض][2] ، إذا كان فى وعاء واحد بلا خلاف ، وإذا كان فى وعائين ، فرأى ما فى أحد الوعائين ، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، قال مشايخ العراق : إذا رضى بما رأى ، يبطل خياره فى الكل إذا وجد ما فى الوعاء الأخير مثل ما رأى ، أو فوقها ، أما إذا وجد دونه ، فهو على خياره ، ولكن إذا رد يرد الكل ، وهو الصحيح .

(١) وفى النسخة "م" : ورؤية الكمثرى .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

١٢٥١٥- وفى "المنتقى": رجل اشترى من آخر حنطة فى بيتين متفرقين، فرأى ما فى أحد البيتين، ورضى به، ثم رأى ما فى البيت الآخر، فلم يرضَ به، فإن كان طعامًا واحدًا، لزمه البيع فيهما، وإن كان الذى رآه خيرًا، ليس من الطعام الذى رآه أولا، فله أن يرده عليه، قال: وكذلك الكيل كله، والوزن كله.

١٢٥١٦- وفيه أيضًا: إذا اشترى زقين من السمن، أو الزيت، أو العسل، أو حملين من القطن، أو الحناء، أو الشعير، أو شيء من الحبوب، ورأى أحدهما، ورضى به، فليس له أن يرد، إلا أن يكون مخالفًا للأول، فحينئذٍ يأخذهما، أو يردهما، وهذه المسائل تؤكد قول مشايخ العراق، وإن قال المشترى فى أحد الفصول: لم أجد الباقى على الصفة التى رأيت المرئى، بل هو دونه، وقال البائع: لا، بل وجدته على تلك الصفة، فالقول قول البائع مع يمينه، وعلى المشترى البينة، وإن كان المعقود عليه شيئًا معينًا فى الأرض، كالثوم، والبصل، والسلجم، والجزر، والفحل، فإن كان شيئًا يكال، أو يوزن بعد القلع، كالجزر، والثوم، والبصل، فإذا قلع المشترى شيئًا منه بإذن البائع، أو قلع البائع، ورضى به المشترى، سقط خياره فيما بقى، وإن قلع المشترى ذلك بغير إذن البائع، سقط خياره، حتى لم يكن له أن يرد، رضى بالمقلوع، أو لم يرضَ، وجد فى ناحية الأرض أقل منها، أو لم يجد شيئًا، إذا كان المقلوع شيئًا له ثمن، وإن كان المقلوع شيئًا لا ثمن به، لا يسقط خياره؛ لأن بالقلع صار معيبًا؛ لأنه حيى ينمو، وبعد القلع صارت من الموات لا ينمو، والعيب الحاصل فى يد المشترى يمنع الرد بخيار الرؤية، فيمتنع الرد، إلا إذا كان المقلوع شيئًا لا ثمن له، حينئذٍ وجوده وعدمه بمنزلة، فكأنه لم يقلع شيئًا، وإن كان ذلك شيئًا يباع عددًا كالنجد، فرؤية البعض لا يبطل خياره فيما بقى إذا حصل القلع من البائع، أو من المشترى بإذن البائع، وإن كان قلع المشترى بغير إذن البائع، وكان المقلوع شيئًا له ثمن سقط خياره لأجل العيب، هكذا ذكر فى الأصل، وفى القدورى: إذا اشترى شيئًا مغيبًا فى الأرض، كالجزر، والبصل، فله الخيار، وإذا رأى جميعه، وإن رأى بعضه، ورضى به، فهو على خياره فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا قلع شيئًا يستدل به على الباقى فى عظمه، ورضى به المشترى، فهو لازم.

١٢٥١٧- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى عشرة أجربة جزر فى الأرض، وقبض مما فى الأرض، وبعث الغلام، وأمره بقلع الجزر، فقلع

كله، ثم جاء المشترى، هل له خيار الرؤية؟ قال: نعم، قلت: قد نقصه القلع ثلث القيمة، قال: وإن نقصه؛ لأنه لم ينقص من عيب، وإنما نقصه من سعر، وإن كان المشترى هو الذى قلعه، فإذا قلع منه شيئًا قدر الكفين، أو قدر ما يدخل فى الكيل، و قدر ما يستدل به على الباقى، فإنه إذا قلع الباقى، لزمه ذلك كله، بمنزلة متاع اشتراه، فإذا قبضه بعد الرؤية، أو قبض بعضه، لزم، وانقطع خيار الرؤية.

١٢٥١٨- وإذا اشترى دهنا فى قارورة، فنظر إلى القارورة، ولم يصب على راحته، يعنى كفه، أو على إصبعه منه شيئًا، فهذا ليس برؤية عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعن محمد: فيه روايتان.

١٢٥١٩- وفى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا رأى عنب كرم، فله الخيار حتى يرى من كل نوع منها شيئًا، وفى النخل إذا رأى بعضه، ورضى به، بطل خيار الرؤية، وجعل رؤية نوع من أنواع النخل جائزًا على كله.

وإذا اشترى رمانًا حلوًا وحامضًا، ورأى أحدهما، فله الخيار إذا رأى الآخر.

١٢٥٢٠- وفيه أيضًا: إذا اشترى حمل نخل، فرأى بعضه، ورضى به، لم يلزمه البيع حتى يرى كله، ويرضى به، وكذلك الثمار الظاهرة كلها ما يدخل منها فى الكيل والوزن، وما يدخل فى العد بعد أن يكون فى رأس النخل أو الشجر، وليس هذا كالذى قد جمع وخلط، وجعل فى موضع واحد.

١٢٥٢١- وفى "البقالى": وإذا اشترى وزنًا من تراب المعدن بعينه، فله الخيار إذا خرج ما فيه، أيضًا رؤية أحد المصراعين، أو أحد الخفين، أو أحد النعلين لا يكفى.

وفى "الفتاوى": إذا اشترى نافجة مسك، وأخرج المسك منها، فليس له أن يردها برؤية أو عيب؛ لأن الإخراج يدخل فيه عيبًا حتى لو لم يدخل كان له أن يرده بها -والله أعلم-.

نوع آخر
فى شراء الأعمى:

١٢٥٢٢- شراء الأعمى وبيعه جائز، وهو بمنزلة البصير الذى لم يرَ، وتقليبه وجسه بمنزلة النظر من الصحيح، وفى المشمومات يعتبر الشم، وفى المذوقات يعتبر الذوق؛ لأن هذه

الأشياء مما يعرف بعض أوصاف المبيع[(١)]، فيقام مقام النظر حالة العجز، كما تقام الإشارة من الأخرس مقام النظر، للعجز، فأما الثوب فلا بد من صفته، وبيان طوله، ورقعته؛ لأنه أقصى ما يستدل به على أوصافه، وسقط اعتبار النظر كان لضرورة العجز، ولا ضرورة فى الأقصى، فيعتبر.

١٢٥٢٣- وإذا اشترى التمر على رؤوس النخل، يعتبر الصفة؛ لأنه هو الممكن، وكذلك العقار، وقيل يلمس الحائط والبستان، وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يوقف فى مكان لو كان بصيرًا، فيراه، حصل له العلم، وفى الحقيقة لا اختلاف بين الروايات، والمنظور فى الروايات كلها أقصى ما يتصور.

وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أنه يوكل بصيرًا حتى يقبضه الوكيل، وهو ينظر إليه، وهذا على أصله مستقيم، فإنه عنده الوكيل بالقبض يملك إسقاط خيار الرؤية على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو وصف له، ثم أبصر، فلا خيار له؛ لأن العقد قد تم حين وصف له، وسقط الخيار، فلا يعود بعد ذلك.

١٢٥٢٤- ولو اشترى البصير، ثم عمى، انتقل الخيار إلى الصفة؛ لأن المعنى الناقل للخيار من النظر إلى الصفة العجز، وفى هذا كونه أعمى وقت العقد، وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية سواء.

نوع آخر
فى الاختلاف فى الرؤية:

١٢٥٢٥- إذا اختلف البائع والمشترى فى رؤية المشترى، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأن البائع يدعى عليه أمرًا حادثًا، وهو لزوم العقد بسبب حادث، وهو الرؤية، والمشترى ينكر، فالقول قول المنكر.

ولو أراد المشترى أن يرده، فقال البائع: ليس هذا هو الذى بعتك، وقال المشترى: هو ذلك، فالقول قول المشترى؛ لأن فى خيار الرؤية المشترى ينفرد بالفسخ، فينفسخ العقد بقول المشترى، وبقى الاختلاف فى المقبوض، فيكون القول فيه قول القابض، كما فى باب الغصب

(١) فى النسخة "م": أوصاف المعقود عليه.

والوديعة، وما أشبه ذلك.

١٢٥٢٦- وإن كان المشترى محدوداً، وأقر المشترى بقبض المحدود المشترى، ثم قال بعد ذلك: لم أر جميع المحدود، لا يقبل قوله؛ لأن القبض فى المحدود لا يتصور بدون الرؤية، فالإقرار بقبض المحدود المشترى ينقض دعواه عدم الرؤية فى بعضه.

نوع آخر
فى الوكيل والرسول:

١٢٥٢٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا اشترى طعامًا لم يرَه، ووكل وكيلا بقبضه، فقبضه الوكيل بعد ما رآه، ونظر إليه، فليس للمشترى أن يرده إذا رآه، ولو أرسل رسولا، فقبضه الرسول بعد ما رآه، ونظر إليه، فللمشترى أن يرده، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الوكيل والرسول سواء، وللمشترى أن يرده إذا رآه إن شاء، وإن شاء أخذه.

١٢٥٢٨- أصل المسألة أن الوكيل بالقبض يملك إبطال خيار الرؤية عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، و [عندهما لا يملك، وإنما يملك إبطاله عند أبى حنيفة رحمه الله][1] بأن يقبضه، وهو ينظر إليه، فأما إذا قبضه مستوراً، ثم أراد بعد ما نظر إليه إبطال الخيار قصداً، فليس له ذلك، فوجه قولهما: إن التوكيل يتناول القبض، وإبطال خيار الرؤية ليس من القبض فى شىء، ولهذا لا يملك إبطاله مقصوداً، ولهذا لا يملك إبطال خيار الشرط، ولا إبطال خيار العيب، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أن التوكيل بالشىء توكيل بما هو من تمامه، ألا ترى أن التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض الذى هو من تمام الخصومة، وإتمام القبض بإبطال خيار الرؤية؛ لأن تمام القبض بتمام الصفقة، والصفقة لا تكون تامة مع خيار الرؤية، فتضمن التوكيل بالقبض توكيلا بالرؤية المسقط للخيار، مقتضى تتميم القبض [لا مقصوداً، فيملك إسقاط الخيار مقتضى تتميم القبض][2]، ولم يملك إسقاطه مقصوداً لهذا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وأما خيار الشرط، فقد ذكر القدوري رحمه الله تعالى: أن من اشترى شيئًا على أنه بالخيار، فوكل وكيلا بقبضه، فقبضه بعد ما رآه، فهذا على هذا الخلاف أيضًا، ولئن سلمنا، فلأن خيار الشرط لا يحتمل البطلان مقتضى تتميم القبض، ولهذا لا يبطل خيار الشرط لو قبضه المشترى بنفسه، وأما خيار العيب، فقد ذكر الفقيه أبوجعفر رحمه الله تعالى: أنه يبطل بقبض الوكيل بالقبض، والصحيح أنه لايبطل، وإليه أشار فى الأصل؛ لأنه لا يمنع تمام القبض، ولا يتضمن التوكيل بالقبض توكيلا بإبطال خيار العيب.

وأما الرسول فقلنا: الرسول ليس إليه إلا تبليغ الرسالة، أما تتميم ما أرسل به إلى المرسل، لا إلى الرسول، هذا هو الكلام فى الوكيل بالقبض، أما الوكيل بالشراء، فرؤيته كرؤية الموكل بالاتفاق، بخلاف الرسول بالشراء، فإن رؤيته لاتكون كرؤية المرسل، فإذا وكل إنسانًا، أو أرسله قبل الشراء حتى رآه، ثم اشتراه الموكل المرسل بنفسه، يثبت له خيار الرؤية.

١٢٥٢٩- وإذا اشترى شيئًا لم يرَه، ثم قال لغيره: إنى اشتريت سلعة، فاذهب، وانظر إليها، فإن كان تصلح، فارض بها، وخذها، أو قال: فإن رضيت بها، فخذها، فذهب، ورضى، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى باب الخيار بغير شرط: أن هذا لا يجوز، ورأيت فى موضع آخر أن هذا لا يجوز عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إن قيل: يجوز، فله وجه، وإن قيل: لا يجوز، فله وجه، الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئًا لم يرَه، وقد كان رآه الموكل، ولم يعلم به الوكيل، يثبت للوكيل خيار الرؤية، ذكره شيخ الإسلام فى شرح كتاب المضاربة.

الفصل الرابع عشر
فى العيوب

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه فى معرفة العيب:

١٢٥٣٠- قال القدورى فى كتابه : كل ما يوجب نقصانًا فى الثمن فى عادات التجار ، فهو عيب ؛ لأن المالية مقصودة فى البيع ، وما ينقص الثمن ينقص المالية ، فكان عيبًا .

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى : أن ما يوجب نقصانًا فى العين من حيث المشاهدة والعيان ، فهو عيب ، وذلك كالسلل فى أطراف الجوارى ، والهشم فى الأوانى ، وما لا يوجب نقصانًا فى العين من حيث المشاهدة والعيان ، ولكن يوجب نقصانًا فى منافع العين ، فهو عيب أيضًا ؛ لأن الأعيان يقصد بها المنافع ، وما لا يوجب نقصانًا فى العين ، ولا فى منافع العين ، إلا أن يعتبر فيه عرف الناس ، إن عدّوه عيبًا ، كان عيبًا ، وما لا ، فلا .

١٢٥٣١- إذا ثبت هذا ، فنقول : العمى ، والعور ، والحول ، والإصبع الزائدة ، والناقصة عيب ؛ لما قلنا ، والولادة القديمة ليست بعيب على رواية كتاب البيوع ، وعلى رواية كتاب المضاربة عيب ، حتى إن من اشترى جارية قد ولدت عند البائع ، لا من البائع ، أو عند بائع البائع ، ولم يعلم المشترى بذلك وقت العقد ، فعلى رواية كتاب البيوع ليس له أن يردها بخيار العيب إذا لم يتمكن بسبب الولادة نقصان ظاهر ، وعلى رواية كتاب المضاربة يردها ، وإن لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر ، وفى البهائم لا يرد ما لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر باتفاق الروايات ، والحبل فى الجارية عيب يزول بالولادة على رواية كتاب البيوع ؛ لأن على رواية كتاب البيوع نفس الولادة ليس بعيب ، فإذا قبضها ، ووجدها حاملا ، فولدت ، فلا رد ، ولا رجوع ، إلا أن يتمكن بسبب الولادة نقصان ظاهر .

١٢٥٣٢- وفى البهائم الحبل ليس بعيب ، وترك الختان فى الجارية والغلام ليس بعيب إذا كانا مجلوبين ، سواء كانا صغيرين أو كبيرين ؛ لأن الكفار لا يختتنون ، وإن كانا مولودين ، فإن كانا صغيرين ، فكذلك ، وإن كانا كبيرين ، فهو عيب ؛ لأنه لا يمكن أن يترك كذلك ، والختان فى الكبير يوجب زيادة ألم ، فيوجب نقصانًا فى الذات ، والمراد من الكبير البالغُ ، والزنا فى الجارية عيب ، وليس بعيب فى الغلام ، إلا أن يكون مديمًا على ذلك ، وهذا لأن الاستفراش

مقصود من الجوارى، والزنا يخل به؛ لأن الزانية لا تستفرش عادة، والمقصود من العبد الأعمال خارج البيت، والزنا لا يخل به إلا إذا اعتاد ذلك، فحينئذٍ يكون عيبًا؛ لأن ذلك يضعفه، ويعجزه عن الأعمال.

١٢٥٣٣- وفى كتاب الإجارة: إذا اشترى جارية، وقد كانت زفت فى يد البائع، فله أن يردها، وإن لم تزن عند المشترى، وإذا كانت الجارية ولد الزنا، فهو عيب، وليس بعيب فى الغلام، وفى "البقالى": لو كان أبوها أو جدها لغير رشيدة، فهو عيب.

وفى "نوادر ابن رشد" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا كان أبوها، أو جدها لغير رشيدة، فهو عيب عندى فى الجوارى اللاتى تتخذن أمهات الأولاد، وأما غير ذلك، فليس بعيب، إلا أن يكون عيبًا عند النخاسين، وفى "المنتقى": شرب النبيذ مما يحل، ومما لا يحل ليس بعيب فى الجارية والغلام، ولكنه عيب فى دينه.

١٢٥٣٤- وفيه أيضًا: والشجر فيهما عيب، ويحتمل أن يكون المروى والسجر - بالجيم وفتح السين- وفارسيته: سوختگى براندام، والبخر، والدفر فى الجوارى عيب، وفى الغلام ليس بعيب؛ لأن الاستفراش مقصود من الجوارى، وأنه يخل بها، والمقصود من العبيد العمل، وأنه لا يخل فيهما، وعن هذا قيل: إن كثرة الأكل عيب فى الجوارى دون العبيد؛ لأنها تورث التخمة، فيختل به الاستفراش.

١٢٥٣٥- وفى بيوع "الأصل": الدفر والبخر فى العبيد ليس بعيب، إلا أن يكون من داء، وفى موضع من "المنتقى": الدفر ليس بعيب، لا فى الجارية ولا فى الغلام، بخلاف البخر فى الجوارى، وفى موضع آخر منه: الدفر ليس بعيب إلا أن يكون من داء، فيكون عيبًا فى الجارية دون الغلام، وفى "البقالى": البخر والدفر ليس بعيب فى الغلام، إلا أن يكون فاحشًا.

وفى "النوادر": الدفر ليس بعيب، إلا أن يوجب نقصانًا فاحشًا [بأن يوجد رائحة ذلك ينفر منه، وذكر شمس الأئمة السرخسى إلا أن يكون ذلك فاحشًا][1] لا يكون فى الناس مثله، وذلك يكون لداء فى الباطن.

١٢٥٣٦- والنكاح عيب فى الجارية والغلام، وكذلك الدين عيب فى الجارية والغلام، وانقطاع الحيض فى البالغة عيب؛ لأن انقطاع الحيض فى أوانها يكون لداء فى باطنها، إلا أن دعوى المشترى لا تسمع ما لم يدع انقطاع الحيض بالحبل، أو الداء، وسيأتى ذلك فى موضعه،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والاستحاضة عيب أيضًا؛ لأنه علامة المرض، ولا يقبل قول الأمة فى الفصلين جميعًا، إلا رواية عن محمد رحمه الله تعالى، والكفر عيب فى الجوارى، والعبيد؛ لأن المسلم لا يأمنه على نفسه، ولا على المصالح الدينية من اتخاذ ماء الطهارة، وحمل المصحف، وكذلك فى المعاملات؛ لأنه ربما يؤكله من الحرام.

والبخر عيب، وهو الانتفاخ تحت السرة، والأرد عيب، وهو عظيم الخصيتين، وسيلان الماء من المنخر عيب [والعسر -وهو أن يعمل بيساره، ولا يعمل بيمينه- عيب، والسن السوداء والخضراء عيب، وفى الصفراء][1] اختلاف الروايات، والغناء فى الجارية التى تتخذ أم ولد عيب، والعدة عن الطلاق الرجعى فى الجارية عيب، وعن الطلاق البائن ليس بعيب، والإحرام فى الجارية ليس بعيب؛ لأن المشترى يتمكن من إزالته من غير مؤنة تلحقه، وهذا هو الأصل أن كل عيب يتمكن المشترى من إزالته من غير مؤنة تلحقه، وكان المبيع بحال إذا أزيل العيب عنه، لا ينتقص، فهو ليس بعيب يوجب الرد، كما فى مسألة الإحرام، وكما إذا اشترى ثوبًا نجسًا، ولم يعلم به، ثم علمه، وكان الثوب بحال إذا غسل لاينتقص الثوب، لا يكون له حق الرد، على ما هو المختار للفتوى فى تلك المسألة [وسيأتى مسألة الثوب النجس بعد هذا][2]، والعنة والخصاء عيب، ذكره فى "العيون"، والسن الساقط عيب، ضرسًا كان أو غيره، هو الصحيح.

١٢٥٣٧- والظفر الأسود عيب إذا كان ينتقص الثمن، والثؤلول والخال كذلك عيب إذا كان ينتقص الثمن، والصهوبة فى الشعر، وفارسيته: نورى، وقيل فارسيته: خر ماكون عيب.

١٢٥٣٨- والتخنث فى الغلام عيب، حتى لو وجده مخنثًا، رده بالعيب؛ لأن هذا مما يعده التجار عيبًا، قالوا: وهذا إذا كان التخنث من حيث العمل القبيح يأتى بالأفعال القبيحة، أما إذا كان التخنث من حيث المشية والقول، لا يرد؛ لأنه لا يعد عيبًا، وكان القاضى الإمام أبوعلى النسفى يحكى عن أستاذه هذا إذا كان تخنثًا فى الرديء من أفعاله، حتى كان يخالط النساء، ويفسدهن، أما إذا كان به نوع رعونة، ونوع تخنث للين فى صوته، وتكسر فى مشيته، فإن كان ذلك يسيرًا، لا يكون عيبًا، وإن كان فاحشًا، يكون عيبًا، والعَشَا عيب،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

وتفسيره عند بعضهم ضعف في البصر، وعند بعضهم أن لا يبصر عند أدنى الظلمة، والعفل عيب، وهو أن يكون المأتى منه يشبه الكيس، والعنق عيب، قيل: معناه أن يصير المسلك واحدًا، وقيل: معناه ريح في المثانة ربما يهيج بالإنسان، فيقتله، والسلعة عيب، وهو القروح التي في العنق، يسمى بالفارسية: خوك، والكي عيب، إلا أن تكون سمتة، كما يكون في بعض الدواب، والعجج عيب، وهو في الآدمي تقارن صدور قدميه، وتباعد عقبيه، والقدع عيب، والصدر أقدع، وهو المعوج الرسغ، والحف عيب، وهو إقدام كل واحد من الإبهامين على صاحبه، والصدف عيب، وهو التوآء في أصل العنق، والسدف عيب، وهو توسع مفرط في الغم، والشتر عيب، وهو انقلاب في الأجفان، وبه كان يسمى الأسرناحية، وباد سبل مدى در چشم آب درچشم، كل ذلك عيب، والجرب في العين، وفي غير العين عيب، والسرقة والبول في الفراش والإباق في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده، ويشرب وحده ليس بعيب، هذا هو لفظ القدوري، وبعد ذلك عيب ما دام صغيرًا، فإذا بلغ، فهو عيب آخر سوى الذي كان، حتى لو أبق أو سرق في يد البائع قبل البلوغ، ثم فعل عند المشتري بعد البلوغ، لم يكن له أن يرد.

١٢٥٣٩ - وفي "المنتقى": إذا اشترى عبدًا يعقل البيع والشراء، فالإباق والسرقة والبول في الفراش منه عيب، فتقييد المسألة بالذي يعقل البيع والشراء دليل على أنه إذا كان لا يعقل البيع والشراء، فهذه الأشياء منه لا يكون عيبًا، وذكر في موضع آخر من "المنتقى" مثل ما ذكر في "القدوري".

ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: إنما تكون هذه الأشياء عيبًا إذا كان الصغير بحيث يميز، أما إذا كان صغيرًا جدًا، لا يكون عيبًا، وبعض مشايخنا قالوا: البول في حالة الصغر إنما يكون عيبًا إذا كان ابن خمس، فما فوقه، أما إذا كان ابن سنة، أو سنتين، فليس ذلك بعيب، فأما الجنون فهو عيب واحد في حالة الصغر والكبر، حتى لو جن في يد البائع قبل البلوغ، ثم جن عند المشتري بعد البلوغ، فله الرد.

تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى في مقدار ما يكون عيبًا من الجنون، قال بعضهم: الجنون وإن كان ساعة، فهو عيب، وقال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة، فهو عيب، أما يوم وليلة، فما دونه، فليس بعيب، وقال بعضهم: المطبق عيب، وغير المطبق ليس بعيب.

١٢٥٤٠ - والسرقة وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب؛ لأن السرقة إنما كانت عيبًا؛ لأن الإنسان لا يأتمن السارق على مال نفسه، وفي حق هذا المعنى العشرة، وما دونه سواء،

وقيل ما دون الدرهم نحو فلس، أو فلسين، أو ما أشبه ذلك، ليس بعيب، والعيب فى السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى، أو من غيره إلا فى المأكولات، فإن سرقة ما يؤكل من المولى لأجل الأكل لا يعد عيبًا، ومن غير المولى يعد عيبًا، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل، بل لأجل البيع عيب من المولى وغيره كسرقة الدراهم والدنانير.

١٢٥٤١- إذا نقب البيت، ولم يختلس، فهو عيب، والإباق ما دون السفر عيب بلاخلاف بين المشايخ، وتكلموا فى أنه هل يشترط الخروج من البلدة، وهذا لأن الإباق إنما كان عيبًا؛ لأنه يوجب فوات المنافع عن المولى، وفى حق هذا المعنى السفر، وما دون السفر سواء.

١٢٥٤٢- وفى "نودار بشر" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى أمة، وأبقت عنده، ثم وجدها، واستحقها مستحق ببينة، فذلك الإباق لازم لها أبدًا، وكذلك لو أبقت من رجل كانت عنده بإجارة، أو عارية أو وديعة.

ولو أبقت من الغاصب إلى مولاها، فهذا ليس بإباق، وإن أبقت، فلم ترجع إلى الغاصب، ولا إلى المولى، وهى تعرف منزل مولاها، وتقدر على الرجوع إليه، فهو عيب، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها، أو لا تقدر على الرجوع إليه، فليس بعيب.

وإن أبقت فى دار الحرب من المغنم قبل أن يقسم، ثم ردت إلى المغنم، فهذا ليس بإباق، وإن بيعت فى المغنم، أو قسمت فوقعت فى سهم رجل، فأبقت فى دار الحرب تريد الرجوع إلى أهلها، أو لا تريد، فهو إباق وهو عيب.

١٢٥٤٣- ثم اختلف المشايخ رحمهم الله فى فصل الجنون أن معاودة الجنون فى يد المشترى هل هو شرط للرد؟ بعضهم قالوا: إنها ليست بشرط، بل إذا ثبت وجوده عند البائع، يرد به، وإليه مال شمس الأئمة الحلوانى، وشيخ الإسلام خواهر زاده، وهو رواية "المنتقى"، فقد نص فى "المنتقى": أنه إذا جن فى صغره، أو كبره مرة واحدة فذلك فيه عيب أبدًا، عاوده أو لم يعاوده.

وفى "الجامع الصغير" يقول: الجنون عيب أبدًا، وهذا لأن سبب الجنون أن يحل الدماغ، وهى إذا تمكنت لا يزول، هكذا قال أهل الطب، وإذا تعيب فى نفسه كان للمشترى حق الرد، وإن لم يجن فى يده، وبعض مشايخنا قالوا: المعاودة فى يد المشترى شرط، وهو المذكور فى "الأصل".

وفى "الجامع الكبير": إذ ليس من ضرورة هذه الآفة بقاءه، والله تعالى قادر على أن

يزيل تلك الآفة بكمالها، ولئن سلمنا أن تلك الآفة لا تزول بالكلية، إلا ما بقى منها بعد زوال الجنون الظاهر لا يعد عيبًا؛ لأنه لا يفوت بها شيء من المنافع، وفيما عدا الجنون من السرقة، والإباق والبول على الفراش، ذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه: ظاهر الجواب أنه لايشترط المعاودة فى يد المشترى، ومن المشايخ من قال: يشترط، قال رحمه الله تعالى: وهو الصحيح، وبعضهم ذكروا فى شروحهم: أن معاودة هذه الأشياء فى يد المشترى شرط، بلاخلاف بين المشايخ رحمهم الله تعالى، وهكذا ذكر فى عامة الروايات، وذكر فى بعض روايات كتاب الاستحلاف[1] أن المعاودة فى يد المشترى ليس بشرط.

١٢٥٤٤- وإذا اشترى جارية فوجدها ذميمة، أو سوداء ليس له حق الرد بالعيب إذا كانت تامة الخلقة [وستأتى المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى][2].

١٢٥٤٥- وإذا اشترى غلامًا أمرد، فوجده محلوق اللحية، فهو عيب، وفى "فتاوى أبى الليث": وسيأتى فرع هذه المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٥٤٦- وإذا اشترى جارية تركية، لا تعرف التركية، أو لا تحسن، والمشترى عالم بذلك، إلا أنه لا يعلم أنه عيب عند التجار، فقبضها، ثم علم أنه عيب، فإن كان هذا عيبًا بينًا، لا يخفى على الناس كالعور، ونحوه لم يكن له أن يردها؛ لأنه رضى به، وإن لم يكن بينًا يخفى على الناس، كان له أن يردها؛ لأنه لم يرضَ به، وأما إذا اشترى جارية هندية لا تعرف الهندية، ينظر إن عده أهل البصر عيبًا، فله الرد، وإن لم يعدوه عيبًا، فليس له الرد، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ذلك عيب عند أهل البصر لا محالة، ولا كذلك المسألة الثانية.

قيل: إذا كان لا يعرف التركى والهندى، فإن كان جليبًا، فالجواب ما ذكرنا، وإن كان مولودًا، فليس هذا بعيب، وإذا اشترى جارية، فوجد بها وجع الضرس، يأتى بها مرة بعد أخرى، فإن كان حديثًا، فليس له الرد، وإن كان قديمًا، فله الرد؛ لأنه علم أنه كان فى يد البائع.

١٢٥٤٧- فى "فتاوى أهل سمرقند": وإذا كان بها حمى غب فى يد البائع، فزال، ثم عاد فى يد المشترى، إن عاد فى يد المشترى عيبًا، فله الرد لاتحاد السبب، فإن اتحاد السبب يوجب اتحاد الحكم، وإن عاد فى يد المشترى مطبقًا، أو ربعًا، فليس له أن يرد لاختلاف

---

(١) هكذا فى النسختين: "م" و "ف"، وكان فى الأصل: الاستحسان.

(٢) هكذا فى النسخة "م".

السبب](١)، فإن اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم.

١٢٥٤٨- في "فتاوى الفضلي": اشترى عبدًا، فأصابه في يد المشترى حمى، وقد كان أصابه في يد البائع، فإن أصابه في يد المشترى لوقته، فله الرد؛ لأنه إذا أصابه لوقته علم أنه تولد بالسبب الذي كان يتولد عند البائع، وأنه ذلك الحمى بعينه حكمًا، وإن أصابه لغير وقته لا يرد؛ لأنه تولد من سبب آخر، فكان حمى، فلايكون له الرد.

١٢٥٤٩- وإذا اشترى جارية ثيّبًا على أن البائع لم يطأها، ثم ظهر أن البائع قد كان يطأها قبل البيع، فليس له الرد، في الزيادات في باب الكسب والعلة في الشرح.

١٢٥٥٠- وفي "الزيادات": إذا اشترى جارية فوجدها محترقة الوجه، بحيث لايستبين بها قبح، ولا جمال، كان له حق الرد؛ لفوات صفة السلامة، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، قومت محترقة الوجه كما هي، وقومت صحيحة غير محترقة الوجه، ولكن على القبح لا على الجمال، فيرجع بفضل ما بينهما، وإنما قومت على القبح لا على الجمال؛ لأن المستحق بالعقد السلامة عن العيوب دون الجمال، ألا ترى أنه لو اشترى جارية، فوجدها قبيحة، وهي سليمة عن العيوب، لا يكون له حق الرد بسبب العيب، وهذ المسألة نص على أن القبح في الجواري ليس بعيب.

١٢٥٥١- رجل اشترى من آخر غلامًا تركيًا به ورم، فقال البائع: إنه ورم حديث أصابه ضرب، فأورمه، وليس بقديم، فاشتراه المشترى على ذلك، ثم ظهر أنه قديم، فليس له أن يرده؛ لأنه رأى العيب، ورضى به، وكل عيب قديم حديث في أوله، وكذلك إذا قال البائع: إن كان قديمًا، فجوابه على، ثم تبين أنه قديم، فليس له الرد، وكذلك إذا اشترى على أنه حديث، فإذا هو قديم، ليس له الرد، ذكر هذه المسألة في "فتاوى الفضلي".

قيل: المسألة مشكلة، فإنه إذا اشترى غلامًا به حمى، فقال البائع: إنه غب، واشتراه على ذلك، فإذا هو ربع، أو على العكس، فإنه يرده، وهذا الإشكال ليس بشيء؛ لأن هناك عاين العيب، ورضى به، وقد ظهرالربع، والربع غير الغب، لاختلاف مادتهما، ألا ترى أنه يختلف النوبة، والذي ظهر لم يعاينه، ولم يرضَ به، وأما الورم بهذه الصفة قد يكون قديمًا، وقد يكون جديدًا(٢).

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: حديثا.

وقد وقعت فى زماننا واقعة فى جنس مسألة الورم، فقد باع واحد من الفقهاء فرسًا، وقد ظهر بإحدى رجليه قرحة هى أثر الخيام، فقال البائع : هى قرحة أخرى غير الخيام، واشتراه على ذلك، ثم ظهر أنه كان أثر الخيام، فأفتى ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى أن المشترى ليس له الرد، وقاسه على مسألة الورم.

١٢٥٥٢- وفى صلح "الفتاوى" : إذا اشترى جارية، وبها قرحة، ولم يعلم المشترى أنها عيب، فله الرد، وهذه المسألة بخلاف مسألة الورم؛ لأنه إذا لم يعلم أن هذه القرحة عيب، لا يكون راضيًا بالعيب.

والصحيح من الجواب فى مسألة القرحة أنه إن كان هذا عيبًا بينًا، لا يخفى على الناس، لا يكون له الرد؛ لأنه قد رضى بالعيب، وإن لم يكن هذا عيبًا بينًا، فله الرد.

١٢٥٥٣- وفى صرف "القدورى" : إذا قال : أبيعك هذه الدراهم، وأراها إياه، ثم وجدها زيوفًا، قال : يستبدلها، إلا أن يقول : هى زيوف، أو تبرأ عن بيعها، ومن جنس مسألة الورم مسائل ذكرها فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى"، صورتها : إذا اشترى من آخر سويقًا على أن البائع لتّه بمنّ من السمن، والمشترى ينظر إليه وقت الشراء، ثم ظهر أنه لتّه بنصف منّ من السمن، فلا خيار للمشترى؛ لأن هذا شىء يعرف بالعيان، وهو معاين مرئى، وهو نظير ما لو اشترى من آخر صابونًا على أنه متخذ من الدهن، فتبين أنه اتخذ بأقل من ذلك، والمشترى ينظر إليه وقت الشراء، أو اشترى من آخر قميصًا على أنه اتخذ من عشرة أذرع من كرباس، فتبين أنه اتخذ من أقل من ذلك، والمشترى ينظر إليه وقت الشراء، فإنه لا خيار للمشترى، والمعنى ما ذكرنا.

نوع آخر منه فى معرفة عيوب الدّواب:

سئل شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله تعالى عمن اشترى بقرة، فوجدها قليل الأكل، يقال بالفارسية : كم خور، قال : له الرد، ولو وجدها بطىء الذهاب، يقال بالفارسية : كاهل، فليس له الرد، إلا إذا اشتراها بشرط أنها عجول.

وفى "الفتاوى" : اشترى بقرة، فوجدها لا تحلب، إن كان مثلها يشترى للحلب، فله الرد؛ لأن المعروف كالمشروط، وإن كان يشترى للحم، لا يرد.

١٢٥٥٤- وفى "المنتقى" : إن كانت الدابة تبعر كثيرًا دائمًا، فهو عيب، وإن كان فى الأحايين، فليس بعيب، ذكر فى "الأصل" : القشم عيب، وهو يبس فى اليد، أو فى الرجل،

أو فى المرفق، والحيف عيب، وهو تدانى القدمين، وتباعد الفخذين، قيل: هو خلاث[١] العينين، وهو أن تكون إحداهما زرقاء، والأخرى غير زرقاء، والعزل عيب، وهو ميلان فى الذنب، والسيس عيب، وهو شيء يخرج فى ساق الدابة، يكون له حجم، وليس له صلابة.

١٢٥٥٥- والجرذ -بالذال- عيب، وهو كل ما حدث فى عرقوبه من مزيد، أو انتفاخ عصب، والعرقوب[٢] نانوا بسين، وخلع الرأس عيب [وهو أن يكون له حلية يخلع رأسه من العذار، وإن شدّ عليه، وبلّ المخلاة عيب][٣]، وإن كان ينقص الثمن، والمهقوع عيب، فسّره فى الأصل، فقال: مأخوذ من الهقعة، وهى الدائرة[٤] التى تكون فى صدره من جانب الأيسر، ويكون ذلك انتصاب يتشاءم به، وفسّر فى "المنتقى" فقال: المهقوع الذى إذا سار يسمع ما بين خاصرته وفرجه صوت.

١٢٥٥٦- والانتشار عيب، وهو الانتفاخ فى العصب[٥] عند الإتعاب، وقيل: هو اتساع سواد العين حتى كاد يأخذ البياض كله، وإذا كانت الدابة تأكل الذباب، فقد ذكر فى موضع من "المنتقى" إذا كانت تأكل الكثير، فهو عيب، وإن كان تأكل فى بعض الأحايين، فليس بعيب.

وذكر فى موضع آخر منه أن محمداً رحمه الله تعالى: سئل عن الشاة تأكل الذباب، فلم يرَه عيبًا يرد عنه.

١٢٥٥٧- إذا اشترى خفين، فوجدهما ضيقان لا يدخل رجله فيهما، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرح بيوعه أنه كان لا يدخل فى رجله لعلة فى رجله، لا يرد، وإن كان لا يدخل لا لعلة فى رجله، يرد.

وذكر فى "فتاوى الفضلى": أنه إذا اشتراهما ليلبسهما، فله الرد، وإن اشتراهما لا ليلبسهما، لا يرد، وكان القاضى الإمام على السغدى رحمه الله تعالى يفتى بالرد، اشتراهما للبس، أو لغير اللبس، فإن وجد أحدهما أضيق من الآخر، فإن كان خارجًا عما عليه خفاف

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى النسخة "ظ": خلات، وفى النسختين: "م" و"ف": خلاف.

(٢) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": والعرفون.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفى "ف": وهى الرأس الذى تكون فى صدره.

(٥) هكذا فى النسختين: "م" و"ف"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": العين بدلا من العصب.

الناس في العادة، يرد، وما لا فلا.

١٢٥٥٨- وفي "فتاوى الفضلي": رجل اشترى جبة، ووجد فيها فأرة ميتة، فهو عيب، وإذا اشترى ثوبًا، فوجد فيه دمًا، إن كان ينقصه الغسل، فهو عيب، وإن كان لا ينقصه، فليس بعيب، وقد مرّ شيء من هذا في النوع الأول، ذكر المسألة في "العيون".

١٢٥٥٩- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى من آخر ثوبًا نجسًا، ولم يبين البائع، جاز، وإذا علم المشتري، فله الرد؛ لأن النجاسة عيب؛ لأنها تمنع أداء الصلاة، وعلى قياس المسألة الأولى تأويلها إذا كان الثوب بحال ينقصه الغسل.

١٢٥٦٠- وإذا اشترى كرمًا، فظهر[1] أن شربه على ناوق يوضع على ظهر نهر، أو على موضع آخر، فله حق الرد؛ لأنه عيب فاحش فيما بين الناس في هذا الموضع أيضًا.

١٢٥٦١- وإذا اشترى حنطة مشارًا إليها، فوجدها ردية، فليس له حق الرد بالعيب، بخلاف ما إذا وجدها مسوسة، أو عتيقة، وكذا إذا اشترى إناء فضة بعينها، فوجدها رديئة من غير غش، ولا كسر، فليس له حق الرد بلا عيب، فلم يعتبر الرداءة في المكيل والموزون عيبًا في شرح الكافي في كتاب الصرف في باب "العيون".

١٢٥٦٢- وفي "نوادر المعلى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى نقرة فضة بعينها بدينار، ثم اختلفا، فقال المشتري: اشتريتها على أنها بيضاء، فإذا هي سوداء، أو قال البائع: لم أشترط شيئًا، فقال: السواد عيب في الفضة، وللمشتري أن يردها.

١٢٥٦٣- اشترى حزمة بقل، فأصاب في جوفها حشيشًا، فإن كان ذلك يعد عيبًا، فله الرد، فإن شاء رد، وإن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن كان لا يعد عيبًا، ليس له الرد.

١٢٥٦٤- في "واقعات الناطفي": إذا وجد في الأرض المشتراة طريقًا يمر فيه الناس، فهو عيب، في بيوع "فتاوى الفضلي": وجد في الكرم بيوت نمل كثير، فهو عيب في هذا الموضع أيضًا، وفي "المنتقى": اشترى مصحفًا، فوجد في حروفه سقطًا، أو اشتراه على أنه منقوط بالنحو، فوجد في نقطه سقطًا، قال: هذا عيب يرد منه.

١٢٥٦٥- وفيه أيضًا: إذا اشترى مصحفًا على أنه جامع، فإذا فيه آيتان ساقطتان، أو آية، قال: هذا عيب يرد منه، ووجدت في موضع آخر: رجل اشترى مصحفًا لولده، قال المعلم: إن فيه خطأ كثيرًا، قال: إن كان فيه خطأ الكتابة يرد، ويرجع بالثمن.

١٢٥٦٦- وفي "فتاوى الفضلي": لو اشترى أرضًا، فنزّت عند المشتري، وقد كان

---

(١) وفي "ظ": وعلم.

ذلك عند البائع، فله أن يرد؛ لأن سبب النزّ واحد، وليس لها أسباب مختلفة، فيكون كالحمى، إلا إذا رفع المشترى وجه الأرض، فيعلم أنها نزّت لرفع التراب، أو جاء الماء الغالب من موضع آخر؛ لأنه حينئذٍ يعلم أن هذا غير الذى كان فى يد البائع.

وفى "فتاوى الصغرى": قال: ينظر إن كان النزّ بسبب آخر[1]، بأن كان فى يد البائع بسبب نزّ نهر، وفى يد المشترى بسبب نزّ نهر آخر، لا يرد، وإن كان بعين ذلك السبب، يرد، ولا ينظر أن يكون النزّ عاد فى يد المشترى أكثر مما كان فى يد البائع، أو كان ذلك القدر، بل إذا كان بعين ذلك السبب، يملك الرد كيف ما كان، وكذلك إذا اشترى كرمًا، وقد ظهر فى يد المشترى بهارى[2]، يمكن تخريبها بالتأمل.

١٢٥٦٧- وفى "فتاوى الفضلى" أيضًا: رجل اشترى جارية، وفى إحدى عينيها بياض، فانجلى البياض، ثم عاد، فقبض المشترى، وهو لا يعلم [بذلك، ثم علم، فله أن يرد، ولو قبض، وفى إحدى عينيها بياض، وهو لا يعلم][3]، ثم انجلى البياض، ثم عاد، لا يرد، والفرق وهو أن الثانى غير الأول حقيقة، ففى الوجه الأول حدث فى يد البائع، فيوجب الرد، وفى الوجه الثانى حدث فى يد المشترى، فلا يوجب الرد.

١٢٥٦٨- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": اشترى خمسمائة قفيز حنطة، فوجد فيها ترابًا إن كان ذلك التراب مثل ما يكون فى مثل تلك الحنطة لا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد، ولا أن يرجع بنقصان العيب؛ لأن ذلك ليس بعيب، وإن كان مثل ذلك التراب لا يكون فى مثل تلك الحنطة، ويعده الناس عيبًا، فإن أراد أن يرد الحنطة كلها، فله ذلك لعدم المانع من الرد، وإن أراد أن يميز التراب، فيرده على البائع بحصته من الثمن، ويحبس الحنطة، ليس له ذلك لوجود المانع على ما نبين، هذا إذا لم يميز، فلو ميز فوجد ترابًا كثيرًا يعده الناس عيبًا، فإن أمكن أن يردها كلها على البائع بذلك الكيل لو خلط البعض بالبعض، فله أن يرد؛ لأنه أمكنه الرد، كما قبض، وإن لم يمكنه الرد بذلك الكيل لو خلطها، بأن انتقص بالتنقية، ليس له الرد؛ لأنه لا يمكن الرد كما قبض، لكن يرجع بحصة نقصان العيب، وهو نقصان الحنطة، إلا أن يرضى البائع أن يأخذها ناقصة، فيكون له ذلك؛ لأن النقصان إنما يمنع الرد لحق

---

(١) وفى "م": إن كان النز بسبب جريان الماء الذى فى يد البائع.

(٢) بهارى: معناه ربيعى.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

البائع، وقد رضى ببطلان حقه، هذا إذا اشترى الحنطة، وكذا إذا اشترى السمسم، وسائر ما كان نظير الحنطة، فوجد فيه ترابًا، فهو على التفصيل الذى ذكرنا، فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى مسكًا، فوجد فيها رصاصًا، حيث يميز الرصاص ويرده على البائع بحصة من الثمن، قل أو كثر، والفرق أن فى الحنطة تسامح فى القليل من التراب، ولا يميز الكثير؛ لأن فى ذلك ضررًا بالبائع، لما أنه لاتظهر المسامحة فى القليل، وفى المسك لا يسامح فى القليل، فلم يكن فى التميز ضرر بالبائع، ولهذا يستوى فيه القليل والكثير، وفى الحنطة لا.

١٢٥٦٩ - وفيه أيضًا: لو اشترى نقرة من نحاس، فأذابها، فخرج منها حجر مثل ما يخرج من النحاس، فله أن يمسك من الثمن بحسابه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها كذلك، ويرد الثمن كله؛ لأن القليل من الحجر لا يسامح فى النحاس، كالرصاص فى المسك، وإذا اشترى شحمًا قديدًا، وقد وجد فيه ملحًا كثيرًا، فهو على ما ذكرنا فى الحنطة يجد فيها التراب.

نوع آخر فى بيان مايمنع الرد بالعيب، وما لا يمنع:

١٢٥٧٠ - الأصل فى هذا النوع: أن المشترى متى تصرف فى المشترى بعد العلم بالعيب تصرف الملاك بطل حقه فى الرد؛ لأنه دليل الإمساك، ودليل الرضا بالعيب، بيان هذا الأصل: إذا اشترى دابة، فوجد بها جرحًا، فداواها، أو ركبها لحاجة نفسه، فليس له أن يردها؛ لأن المداواة دليل الرضا والإمساك، وكذلك الركوب لحاجة نفسه، ولو داواها من عيب قد برئ إليه، فله أن يردها بعيب آخر، لم يبرأ إليه؛ لأنه لم يرضَ بذلك العيب، والاستخدام بعد العلم بالعيب مدة لايكون دليل الرضا، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: لأنه يجوز أن يكون للامتحان والاختبار، ليعلم أنه مع العيب هل يصلح له أم لا، ولكن هذا ليس بصحيح بدليل مسألة الركوب واللبس التى بعد هذا، ولكن الصحيح أن يقال: بأن الاستخدام مرة لا يختص بالملك، والاستخدام فى المرة الثانية دليل الرضا، وكذلك الإكراه على الاستخدام فى المرة الأولى دليل الرضا، وفسر الاستخدام فى كتاب الإجارة، فقال: بأن يأمرها بحمل المتاع على السطح، أو بإنزاله عن السطح، أو بأن يأمرها بأن تغمز رجله بعد أن لا يكون عن شهوة، أو بأن يأمرها بأن تطبخ، أو تخبز بعد أن يكون يسيرًا، فإذا أمرها بالخبز والطبخ فوق العادة، فذلك يكون رضا.

١٢٥٧١ - ولو ركب الدابة لينظر إلى سيرها، أو لبس الثوب لينظر إلى قدره، فهذا منه رضا، وقد ذكرنا فى خيار الشرط أن ذلك ليس برضا، والفرق أن خيار الشرط مشروع

للاختبار، والركوب واللبس مرة محتاج إليه للاختبار، فلو بطل خيار الشرط بالركوب واللبس مرة لفات فائدة خيار الشرط، فأما خيار العيب ما شرع للاختبار، إنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت، فلم يكن هذا التصرف فى خيار العيب محتاجًا إليه للاختبار، فإنه لا يحل بدون الملك، فيجعل دليل الرضى.

والركوب ليردها، وليسقيها، وليعلفها، لا يكون دليل الرضا استحسانًا، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا إذا لم يمكنه الرد، والسقى، والإعلاف إلا بالركوب، بأن كان لا يمكن ضبطها إلا بالركوب، فإذا أمكنه ذلك بدون الركوب، كان الركوب رضا.

والدليل على صحة هذا ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير": أن جوالق العلف إذا كان واحدًا، فركب، فهذا لا يكون رضا؛ لأن الجوالق إذا كان واحدًا، لا يمكن حمله إلا بالركوب، وإذا كان الجوالق اثنين، فركب يكون رضا؛ لأن حمل الجوالق بدون الركوب ممكن، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: الركوب للرد لا يكون رضا، وإن أمكنه الرد بدون ذلك الركوب؛ لأنه يفضى إلى الرد، ويقرره، ولاكذلك الركوب للسقى والعلف، ولو حمل عليها علفها، وركبها مع العلف، فهذا ليس برضا، وأنه مؤول عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى على ما ذكرنا، ولو حمل عليها علف دابة أخرى وركبها، أو لم يركبها، فهذا يكون رضا، والسكنى فى الدار هل يكون رضا؟ فهو على ما ذكرنا فى خيار الشرط.

١٢٥٧٢ - وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فيمن اشترى جارية لها لبن، فأرضعت صبيًا لها، أو للمشترى، ثم وجد المشترى بها عيبًا، فله أن يردها، ولو أنه حلب لبنها، واستهلك لبنها، أو شربه، ثم وجد بها عيبًا، لم يردها، وعلى هذا قالوا: إذا اشترى شاة، فرضعها ولدها[1]، ثم اطلع على عيب بها بعد ذلك، فله أن يردها، فأما إذا حلبها، فأتلفه، لم يكن له أن يردها بالعيب إذا اطلع عليه بعد ذلك.

١٢٥٧٣ - وفى "المنتقى": إذا اشترى شاة، وشرب من لبنها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: له أن يردها بالعيب، وفيه عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى شاة، وأحلبها، ثم وجد بها عيبًا يلزمه، ويرجع بالنقصان، وإن جز صوفها، ثم وجد بها عيبًا، فإن لم يكن الجز نقصانًا، فله أن يردها، قال محمد رحمه الله تعالى: والجز عندى ليس بنقصان، وفى موضع آخر من "المنتقى" إذا جز صوفها بعد العلم بالعيب، فهو رضا، ولو أخذ من عرفها، فليس

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: لبنها.

برضا .

وفي "النوادر" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا اشترى شاة، وحلبها، ثم وجد بها عيبًا، فإني أقسم الثمن على قيمتها وقيمة اللبن، فيردها بحصتها من الثمن، وفي "المنتقى" : إذا أطلاه بعد أن رأى به العيب، أو حجمه، أو جز رأسه، فليس ذلك برضا .

١٢٥٧٤- وفيه عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا اشترى جارية، فوجد بها عيبًا، فداواها، فإن كان ذلك دواء من ذلك العيب، فهو رضا، وإن لم يكن دواء منه، فليس برضا، إلا أن يكون ذلك ينقصها، فهو رضا، ولو أصابها عنده دينة، فشق عينها، إن كان ذلك ينقصها، فهو رضا، وإن لم ينقصها فليس برضا .

ولو حجم العبد بعد النظر إلى العيب، وإن كانت الحجامة دواء ذلك العيب، فهو رضا، وإن لم يكن دواء ذلك العيب، فليس برضا، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى : جعل الحجامة والتوديج في موضع آخر رضا من غير اشتراط .

١٢٥٧٥- وفي "المنتقى" أيضًا : اشترى جارية، فوجد بها عيبًا، فداواها من عيب قد كان برئ إليه البائع، فهذا لا يكون رضا بالعيب الذي وجده، وفي بيوع "فتاوى أبي الليث"[(١)] : اشترى أمة ترضع، وأمرها أن ترضع صبيًا لها، فهذا لا يكون رضا؛ لأن الأمر بالإرضاع استخدام، ولو حلب لبنها، وأكل، أو باع، فهذا رضا؛ لأن اللبن جزء منها، واستيفاء جزء منها دليل الرضا، ولو حلب لبنها ولم يبع، ولم يأكل، فكذلك الجواب، وفي صلح الفتاوى أن الحلب بدون البيع أو الأكل لايكون رضا .

١٢٥٧٦- وفي "المنتقى" : اشترى مملوكًا، ووجد به عيبًا، وضربه، فإن أثر به الضرب، لم يرده، وإن لم يكن له أثر، فله أن يرده [وفي موضع آخر منه قال : فضربه ضربًا لم يؤثر، فإن لطمه، أو ضربه سوطين، أو ثلاثة، فله أن يرد][(٢)] .

١٢٥٧٧- وإذا وطئ الجارية المشتراة، ثم اطلع على عيب بها، لم يردها، ويرجع بنقصان العيب، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، إلا أن يقول البائع : أنا أقبلها كذلك، وكذلك إذا قبلها بشهوة، أو لمسها بشهوة، وكذلك الجارية إذا جعلت أجرة، فوطئها الآجر، ثم اطلع على عيب بها، فليس له أن يردها، ولكن يرجع بنقصان العيب، إلا أن يقول المستأجر : أنا أقبلها

---

(١) وفي "م" : وفي بيوع "الأصل" فتاوى أبي الليث .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

كذلك، وإن وطئها المشترى، أو قبلها بشهوة، أو لمسها بشهوة بعد ما علم بالعيب، فهو رضا بالعيب، وليس له أن يردها، ولا أن يرجع بنقصان العيب.

وإذا وطئها غير المشترى فى يد المشترى بزنا، فليس له أن يردها، بكرًا كانت أو ثيّبًا، ويرجع بنقصان العيب، إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك؛ لأنها تعيبت عنده بعيب زائد، وهو عيب النقصان إن أوجب الوطء [نقصانًا أو عيب الزنا إن لم يوجب الوطء نقصانًا فيها، وإن كان الوطء بشبهة حتى وجب العقر على الواطئ][1]، فليس له الرد، وإن رضى به البائع لمكان الزيادة على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولو زوجها المشترى لم يكن له أن يردها، وطئها الزوج أو لم يطأها، رضى البائع أو لم يرضَ؛ لأن النكاح يوجب الصداق، والصداق زيادة منفصلة، وإنها تمنع الرد على ما يأتى بيانه، ولو كان لها زوج عند البائع، فوطئها عند المشترى، فإن كانت الجارية بكرًا، فليس للمشترى أن يردها بالعيب إلا برضا البائع؛ لأنه فات جزء منها فى ضمان المشترى بصنع من العباد، وإن كانت الجارية ثيّبًا إن نقصها الوطء، فكذلك الجواب لا يملك المشترى ردها إلا برضا البائع، وإن لم ينقصها الوطء، كان للمشترى أن يردها على البائع، هذا الذى ذكرنا فى الثيب إذا وطئها الزوج فى يد البائع مرة، ثم وطئها عند المشترى، وأما إذا لم يطأها عند البائع مرة، إنما وطئها عند المشترى، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل فى "الأصل"، وقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه يرد.

١٢٥٧٨- وذكر فى "المنتقى": إذا اشترى جارية، وقبضها، ولها زوج كان عند البائع، فوطئها الزوج فى يد المشترى، لم يمنع وطيه المشترى عن الرد بالعيب، وإن كان الوطء عيبًا؛ لأن هذا عيب قد برئ البائع إلى المشترى منه، وإذا عرضه على البيع بعد ما علم بالعيب، أو آجره، أو رهنه، فذلك رضا بالعيب، وليس له أن يرده، ولا أن يرجع بنقصان العيب.

١٢٥٧٩- وإذا اشترى برذونًا وأخصاه، ثم اطلع على عيب به، كان له الرد إذا لم ينقصه الخصى، ذكره فى "فتاوى أهل سمرقند"، وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغينانى يفتى بخلافه.

١٢٥٨٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": إذا اشترى من آخر ثوبًا، فقطعه، ولم يخطه، حتى اطلع على عيب به، لم يرده، ولكن يرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، فله ذلك، وإن كان المشترى صبغه أحمر، ثم وجد به عيبًا لا يرده،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ولكن يرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع : أنا أقبله كذلك، فليس له ذلك، هذه المسألة تبنى على أصل أن المبيع، إذا انتقص فى يد المشترى بآفة سماوية، أو بفعل المشترى، أو بفعل أجنبى، ثم اطلع المشترى على عيب كان عند البائع، لا يرد بالعيب؛ لأن حق الرد إنما يثبت للمشترى دفعًا للضرر عنه، ولا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر عن نفسه بالأضرار للغير، وفى الرد بعد ما انتقص فى يد المشترى إضرار بالبائع، فلا يملك المشترى رده، ولكن يرجع بنقصان العيب دفعًا للضر عن نفسه، غير أن النقصان إن كان بآفة سماوية، أو بفعل المشترى، فامتناع الرد لدفع الضرر عن البائع لا غير، فإذا قال : أنا أقبله كذلك، فقد رضى بالضرر، وله ذلك، وكان للمشترى أن يرده، وإذا كان النقصان بفعل أجنبى من قطع، أو شجة، أو ما أشبهه، حتى وجب الأرش، فامتناع الرد لحق البائع، دفعًا للضرر عنه، ولحق الشرع أيضًا، لأن العقد لم يرد على الأرش، فلا يرد عليه الفسخ، فتعذر رد الأرش، ورد المبيع بدون رد الأرش متعذر، لمكان الربا؛ لأن الأرش يبقى فى يدى المشترى مبيعًا[1] مقصودًا بلا عوض، وأنه ربا، والربا حرام حقًا للشرع، وإذا قال البائع : أنا أقبله كذلك، فقد أراد إبطال حق الشرع، وليس للعبد هذه الولاية، هذا هو الكلام فى النقصان الحادث فى يد المشترى.

١٢٥٨١- جئنا إلى الزيادة الحادثة فى يد المشترى، فنقول : الزيادة نوعان : متصلة ومنفصلة، والمنفصلة نوعان : غير متولدة من المبيع، كالصبغ وما أشبهه، وإنما تمنع الزيادة الردّ بالعيب بالاتفاق، سواء قال البائع : أنا أقبله كذلك، أو لم يقل؛ لأنها تمنع الفسخ فى ملك الأصل؛ لأن الملك لو فسخ فى الأصل، إما أن يفسخ فى الأصل والزوائد، أو فى الأصل لا غير، لا وجه إلى الأول؛ لأنه لو فسخ الملك فى الزوائد [إما أن يفسخ مقصودًا، ولا وجه إليه ؛ لأنه لم يرد عليها عقد، ولا ما له شبهة بالعقد مقصودًا، أو يفسخ][2] الملك فى الزوائد تبعًا لفسخ الملك فى الأصل، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن هذه الزوائد إن كانت تبعًا للأصل بحكم الاتصال، فلها حكم الأصل؛ لأنها كانت أصلا قبل الاتصال، ولا وجه إلى أن يفسخ الملك فى الأصل بدون الزوائد؛ لأنه يؤدى إلى أمر غير مشروع؛ لأنه يؤدى إلى أن يصير الأصل ملكًا للبائع، ويبقى الصبغ للمشترى، والشركة على هذا الوجه غير مشروع، وفى حق هذا المعنى لا فرق بين أن يقول البائع : أنا أقبل كذلك، وبين أن لا يقول، ومتولدة من المبيع

---

(١) هكذا فى النسختين : "ف" و "م" : ، وكان فى الأصل والنسخة "ظ" : بيعا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كالسمن والجمال، وأنها لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية؛ لأن فسخ العقد على الزيادة ممكن تبعًا للأصل إذا رضى من له الحق فى الزيادة؛ لأن السمن والجمال تبع للأصل من كل وجه لا يتصور أصلا بحال؛ لأنه متصل بالأصل، فيكون تبعًا له بحكم الاتصال، فإذا انفسخ العقد على الأصل، ينفسخ فيهما، فإن أبى المشترى الرد، وأراد الرجوع بنقصان العيب، وقال البائع: لا أعطيك نقصان العيب، ولكن رد على المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن، هل للبائع ذلك؟ على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى: ليس له ذلك، وعلى قول محمد: له ذلك، وهذا لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع فسخ العقد على الأصل إذا لم يوجد الرضا ممن له الحق فى الزيادة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد لا يمنع فسخ العقد فى الأصل، وجد الرضا ممن له الحق فى الزيادة، أو لم يوجد، كما فى مسألة المهر إذا ازداد زيادة متصلة بعد القبض، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، هذا هو الكلام فى الزيادة المتصلة.

وأما الزيادة المنفصلة فنوعان أيضًا: متولدة من المبيع، كالولد والسمن، وما هو فى معناهما، كالأرش، والعقد، وما تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ عندنا؛ لأنه لا يمكن فسخ العقد على الزيادة لا مقصودًا، لما ذكرنا، ولا تبعًا للأصل؛ لأن الولد بعد الانفصال ليس بتبع للأصل، لا حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكمًا، فإن شيئًا من أحكام البيع لايثبت فى الولد الحادث بعد القبض، ولايجوز أن يفسخ العقد فى الأصل دون الولد؛ لأن الولد مبيع من وجه؛ لأنه متولد من المبيع، والمتولد من الشىء يحدث على صفة الأصل، كالمتولد من المدبر والمكاتب، وما يكون مبيعًا من كل وجه، لا يسلم للمشترى بعد فسخ العقد مجانًا بغير عوض؛ لأنه يكون ربا، فكذلك ما يكون مبيعًا من وجه، وههنا بعد ما فسخ العقد فى الأصل يبقى الولد سالما للمشترى مجانًا بغير عوض، وغير متولدة من المبيع كالكسب، والغلة، وإنهما لا يمنعان الرد بالعيب، والفسخ بسائر أسباب الفسخ، وطريقه أن يفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة، ويسلم الزيادة للمشترى مجانًا بغير عوض، وأمكن القول به؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة بوجه ما؛ لأنه لم يرد عليها العقد، وما له شبه بالعقد، وما تولدت من غير المبيع حتى تكون مبيعة بحكم التولد، بل تولدت من المنافع، والمنافع غير الأعيان، ولهذا كان منافع الحر مالا، مع أن الحرليس بمال، وكسب المكاتب والمدبر لا يكون مكاتبًا ومدبرًا، وسلامة ماليس بمبيع بوجه ما للمشترى لا يمنع فسخ العقد على الأصل؛ لأنه لايؤدى إلى الربا.

١٢٥٨٢- إذا ثبت هذا الأصل، جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: إذا اشترى ثوبًا، وقطعه، ولم يخطه، فامتناع الرد لنقصان حصل بفعل المشترى، فيرتفع برضا البائع؛ لما قلنا، وإن صبغ الثوب بعصفر، فامتناع الرد بسبب الزيادة المتصلة، وأنه لا يرتفع برضا البائع، لما ذكرنا، فعلى هذا إذا قطع الثوب، وخاطه، ثم وجد به عيبًا، فقال البائع: أنا أقبله كذلك، ليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد ههنا بسبب الزيادة المتصلة، وهى الخياطة، فلا يرتفع برضا البائع.

وفى "المنتقى": إذا اشترى عبدًا كاتبًا، أو خبازًا، وقبضه، فنسى ذلك فى يده، ثم اطلع على عيب به، فله أن يرده.

١٢٥٨٣- وفى "المنتقى": إذا اشترى من آخر تمرًا بالرى، وحمله إلى الكوفة، ثم اطلع على عيب هناك، فأراد أن يرده، قال محمد رحمه الله تعالى: ليس له ذلك حتى يرده إلى ذلك الموضع، وعلل، فقال: لأن لحمله مؤنة، ولو كان مكان التمر جارية، فقد أشار محمد رحمه الله تعالى إلى أنها ليست نظير التمر، حيث قال: أرى سفر هذه ثمه، وههنا قريب، ولا أرى لحملها تلك المؤنة.

١٢٥٨٤- وفى "القدورى": اشترى شيئًا، أو آجره من غيره، ثم اطلع على عيب به، فله أن ينقض الإجارة، ويرد المستأجر بالعيب، بخلاف ما لو رهنه من غيره، والفرق أن الإجارة ينتقض بالأعذار، والرهن لا.

١٢٥٨٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": وإذا اشترى الرجل من آخر جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فلا خيار له فى ردها؛ لأن العيب إنما يثبت حق الرد للمشترى إذا عجز البائع عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم، ولم يعجز؛ لأنه التزم تسليمها بعينه لما علم المشترى بعيبها وقت البيع، فإن لم يقبضها المشترى حتى انجلى البياض، ثم عاد البياض، فهى لازمة للمشترى، ولا خيار له فى ردها، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن له الخيار.

والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية؛ لأن البياض الثانى وإن كان غير الأول حقيقة، فهو عين الأول حكمًا من حيث إن البائع بسببه لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد، كما التزم.

بيانه: وهو أن المشترى لما اشتراها مع علمه بالبياض الأول، فالبائع لم يلزم تسليمها سليمة من عيب البياض بهذا العين، وإنما التزم تسليمها معيبة بهذا العيب، والبياض الأول وقت العقد كان بياضًا ظاهرًا، مع احتمال أن لا يكون الثانى بهذه الصفة، وكان الثانى عين

الأول حكمًا من حيث إن البائع لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم، وقد ذكرنا: أن العيب إنما يثبت حق الرد للمشترى، إذا عجز البائع عن تسليم ما التزم بالعقد، كما التزم.

١٢٥٨٦- قال في الكتاب: ألا ترى أن رجلا لو اشترى جارية وسنها ساقطة، أو سوداء، والمشترى علم بذلك، فلم يقبضها حتى نبت سنها الساقطة، أو ذهب السواد عن سنها، ثم سقطت تلك السنة، أو عاد السواد، فالجارية لازمة للمشترى، وإنما كانت لازمة؛ لأن البائع لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم على ما ذكرنا، ولم يروِ عن أبى يوسف فى مسألة السن بخلاف ما ذكره فى الكتاب، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى ذلك منهم من قال هذا قول الكل منهم من قال: لا، بل مسألة السن على الاختلاف أيضًا، ولو قبضها وهى بيضاء أحد العينين، أو سنها ساقطة، وهو يعلم بذلك، ثم انجلى البياض، ونبتت السنة، ثم عاد البياض، وسقطت السنة، ثم وجد بها عيبًا آخر كان عند البائع ردها بذلك العيب؛ لأن الواجب على المشترى أن يردها على الوجه الذى قبضها [وقد قبضها][1] معيبة بهذا العيب.

١٢٥٨٧- قال فى الكتاب: ألا ترى أنه لو اشترى شاة حاملا، وولدت فى يد المشترى ولدًا، ثم هلك الولد، ثم وجد بها عيبًا، كان له أن يردها على البائع؛ لأن الولادة لا يمكن نقصانًا فى الشاة لا محالة ليمتنع حق الرد بسبب ذلك، لكن امتناع الرد بالولادة لاعتبار أن بالولادة حدثت زيادة منفصلة، فإذا هلكت، فقد ذهبت الزيادة، وجعلت كأن لم تكن، فكان المشترى قادرًا على رد ما قبض، كما قبض، كذا ههنا، ولو لم يعد البياض فى العين التى ذهب عنها البياض، لكن ابيضت عين الأخرى، لم يكن له أن يرد الجارية بعيب أبدًا؛ لأنه عجز عن ردها، كما قبضها؛ لأنه قبضها، وهى صحيحة هذه العين، والآن يردها وهى معيبة هذه العين، و[لو][2] لم تبيض العين الأخرى، ولكن عاد البياض فى العين التى ذهب عنها البياض بفعل المشترى بأن ضرب المشترى عينها، فابيضّت، ثم وجد بها عيبًا آخر كان عند البائع، لم يكن له أن يردها، بخلاف ما إذا عاد البياض، والفرق أنه لما انجلى البياض، فقد حصلت زيادة متصلة، فإذا ضربها المشترى، صار حابسًا تلك الزيادة، وأنه مانع من الرد، بخلاف ما إذا عاد البياض؛ لأن هناك هلكت الزيادة لابصنع المشترى، فلم يصر المشترى حابسًا لها، فإن قال البائع: أنا أقبلها كذلك، وأرد جميع الثمن، كان للمشترى أن يردها عليه، بخلاف ما إذا عاد

---

(١) هكذا فى النسخة "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه الكلمة من النسخة "ف".

البياض بضرب الأجنبى فى يد المشترى حيث لا يكون للمشترى أن يردها بالعيب، وإن رضى به البائع، والفرق أن فى الفصل الأول المانع من الرد حق البائع، فإذا رضى به، فقد أسقط حقه، والمانع فى الفصل الثانى حق الشرع، وحق الشرع لا يسقط بإسقاط العبد هذا الذى ذكرنا كله إذا اشتراها مع علمه أنها بيضاء إحدى العينين.

وأما إذا اشتراها، ولم يعلم بكونها بيضاء إحدى العينين، قبضها، ثم علم كان له أن يردها، فإن لم يرد حتى انجلى البياض، لم يكن أن يردها بعد ذلك، وإن استحقها سليمة لما لم يعلم بالعيب وقت العقد؛ لأنه لما انجلى البياض، فقد استوفى عين حقه لوجوده فى يده، وبعد ما استوفى عين حقه، لا يكون له الخيار، فإن عاد البياض، لا يكون له أن يردها أيضًا، لما ذكرنا أنه لما انجلى البياض، صار المشترى مستوفيًا عين حقه حكمًا، وبعود البياض، لا ينتقض الاستيفاء؛ لأن قبض المبيع لايحتمل الانتقاض، كما لو قبض السلامة، ثم فاتت، ولو وجد بها عيب آخر، كان له أن يردها به؛ لأنه لما انجلى البياض، صار المشترى مستوفيًا عين حقه حكمًا، فوقعت البراءة للبائع عن العيب؛ لأن البراءة كما تقع بالإبراء، تقع بالاستيفاء، فصار كأنه أبرأه نصًا عن هذا العيب، ولو أبرأه المشترى عن عيب، ثم وجد بالمبيع عيبًا آخر، كان له أن يرده بالعيب[١]، فههنا كذلك، فقد جعل البياض العائد كأنه غير الأول فى حق الرؤية، وجعله كأنه عين الأول فى حق الرد بعيب آخر.

وكذلك إذا اشترى جارية وهى ساقطة السنة، أو مسودة السنة وهو لا يعلم بذلك، فقبضها، ثم علم بذلك [ثم زال السواد، أو نبتت السنة لم يكن له أن يردها، وكذلك لو سقطت السنة، أو عاد السواد بعد ذلك][٢] لم يكن له أن يردها، ولو وجد بها عيبًا آخر، كان له أن يردها، ثم فى كل موضع ثبت للمشترى حق الرد، إذا قال فى وجه البائع قد أبطلت البيع إن كان قبل القبض، انتقض البيع، قبل البائع أو لم يقبل، وإن كان بعد القبض، فإن قبل البائع، فكذلك ينتقض البيع، وإن لم يقبل لا ينتقض البيع، وإن كان بغير محضر من البائع، لا ينتقض البيع، وإن كان قبل القبض أصل المسألة فى "العيون"، وفصل الحضرة فى وكالة الشافى.

١٢٥٨٨- وفى "المنتقى": اشترى عبدًا محمومًا كان يأخذه الحمى كل يومين، أو

---

(١) وفى النسختين: "ف" و "م": كان له أن يرده بذلك العيب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ثلاثة، فأطبق عليه عنده، فله أن يرده، وأنه يخالف ما ذكر في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى"، فقد ذكر ثمه إذا اشترى عبدًا، وبه مرض، فازداد المرض في يد المشتري، فليس له أن يرده على بائعه، وإن كان صاحب فراش عنده، فهذا عيب غير الحمى، فلا يرده، ويرجع المشتري بالأرش.

وكذلك إذا كانت قرحة، فانفجرت عنده، أو جدري، فانفجرت، له أن يرده، ولو كان به جرح، فذهب يده به، أو كانت موضحة، فصارت آمة، فليس له أن يرده، وفيه أيضًا لو اشترى عبدًا، فاستقاله، وأبى أن يقيله، قال: ليس هذا بعرض على البائع، وله أن يرده إذا وهب المبيع بعد ما اطلع على عيب به، ولم يسلم له أن يرده على بائعه؛ لأن هذا دلالة الرضا بالعيب، ألا يرى أن العرض على البيع يمنع الرد، وإنما يمنع لأنه دلالة الرضا، ولو فعل شيئًا من ذلك قبل العلم بالعيب بمعنى القرض والهبة بدون التسليم، فهذا لا يكون رضا، ولا يمنع الرد لو علم بالعيب بعد ذلك مسألة الهبة.

١٢٥٨٩- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا اشترى شيئًا، وخاصم البائع في عيب به، وترك الخصومة أيامًا، ثم عاد إلى الخصومة، فقال له البائع: لم تركت الخصومة، قال: لأنظر، وأسأل هل هذا[1] عيب، فله أن يخاصمه في العيب ويرده؛ لأن هذا ليس له دلالة الرضا.

وكذلك إذا أراد الرد، ولم يجد البائع، فأطعمه، وأمسكه أيامًا، ولم يتصرف فيه تصرفًا دل على الرضا، ثم وجد البائع، فله أن يرد، قال رحمه الله تعالى: على هذا أدركت مشايخ زماني.

١٢٥٩٠- وفي "المنتقى": رجل اشترى من رجل عبدًا، ثم إن المشتري أمر رجلا ببيعه، ثم علم الآمر بعد ذلك أن به عيبًا، قال: إن باعه الوكيل بمحضر من الموكل، ولم يقل الموكل: شيئًا، فهذا منه رضا بالعيب حتى لو لم ينقض البيع[2]، ليس للمشتري أن يرد العبد على بائعه بذلك العيب[3]، قال: وكذلك إن أعلمه الوكيل أنه يذهب من فوره ليبيعه، ولم ينهَه، أو أخبر أن الوكيل ساوم به، وهو يعرضه ليبيعه، فلم ينهَه، فهذا منه رضا.

---

(١) هكذا في "ف"، وكان في الأصل: فهذا، وفي "م" و"ظ": أهذا.

(٢) وفي "م": حتى لو لم يبقَ المبيع... إلخ.

(٣) وفي "م": على بائعه بعد ذلك العيب.

اشترى إبريسمًا وبله، فإذا هو دار وأكرده أمد، لا يرد بالعيب، ويرجع بالنقصان؛ لأن البل فى الإبريسم عيب.

١٢٥٩١- [اشترى كرمًا، فأكل الثمار، ثم اطلع على عيب، فليس له الرد، وإن رضى البائع، وكذلك إذا][(١)] اشترى بقرة، فأكل من لبنها، اشترى قدحًا من الذهب[(٢)]، وأدخله فى النار، ثم اطلع على عيب به يرده، بخلاف القدوح من الحديد؛ لأن الذهب لا ينتقص بالإدخال فى النار، والحديد ينتقص.

١٢٥٩٢- سئل شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله تعالى: عمن اشترى منشارًا وحدده، ثم اطلع على عيب به، قال: لم يرده إلا برضا البائع؛ لأنه ينتقص منه شىء بسبب التحديد.

قال محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا قد سرق عند البائع، ولم يعلم، فقطع عند المشترى، فللمشترى أن يرده على البائع، ويرجع بجميع الثمن، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يرده، ولكن يرجع بنقصان العيب، فيقوم سارقًا وغير سارق، فيرجع بفضل ما بينهما، وحاصل هذا أن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه يجعل هذا بمنزلة الاستحقاق، فيكون عيبًا فى الباقى مضافًا إلى ضمان البائع، وعلى هذا إذا اشترى عبدًا، فوجده حلال الدم بقصاص، أو ردة، وقتل عند المشترى، يرجع على البائع بجميع الثمن بمنزلة ما لو استحق العبد، وعندهما يقوم مباح الدم، ويقوم معصوم الدم، فيرجع بفضل ما بينهما.

١٢٥٩٣- وفى "نوادر هشام": قال: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: ففى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا اشترى عبدًا قد سرق عند البائع، ولم يعلم به المشترى، وسرق عند المشترى أيضًا، فقطعت يده بالسرقتين جميعًا، قال: يرجع عليه بالنصف، وجه قولهما: إن فوات المبيع مضاف إلى أمر حادث فى ضمان المشترى، لا إلى أمر كان فى ضمان البائع، فلايجرى مجرى الاستحقاق، كمن اشترى جارية حاملة، وولدت فى يد المشترى، وهلكت فى نفاسها، لا يضاف الهلاك إلى أمر كان فى ضمان البائع، ولا يجرى مجرى الاستحقاق،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": فأكل من لبنها اشترى قدوما، وأدخله فى النار، ثم اطلع على عيب به يرده، ولو اشترى ذهبا، ولو أدخله فى النار، ثم اطلع على عيب به يرده.

وإنما كان كذلك ؛ لأن السبب الموجود فى يد البائع حل بالدم والحياة ، وأثر فى إتلافهما دون المالية ، وإنما ذهبت المالية ضرورة أنها لا تبقى بدون الحياة ، وهذا أمر غير مضاف إلى الجناية ، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وجهان : أحدهما : أن التلف حصل بفعل كان فى ضمان البائع ، فينتقض به قبض المشترى ، ويجعل كأنه تلف فى يد البائع ، وقاسه على ما لو غصب عبدًا ، فقتل العبد رجلا فى يد الغاصب ، ثم رده ، فقتل قصاصًا ، يرجع المالك على الغاصب بجميع القيمة ؛ لأن الرد انتقص بسبب كان عند الغاصب ، فصار كأنه قتل فى يد الغاصب .

من المشايخ رحمهم الله تعالى من زيّف هذا الوجه بمسائل : منها : أن البائع لو قطع يده ، ثم باعه ، فمات العبد فى يد المشترى من القطع ، لا يرجع المشترى على البائع بجميع الثمن ، وإن زال القبض بسبب كان فى يد البائع ، وكذلك إذا اشترى أمة حبلى ، فولدت عند المشترى ، فمات ، لا يرجع على البائع بجميع الثمن ، وإن مات بسبب كان فى يد البائع .

١٢٥٩٤- وكذلك إذا اشترى عبدًا محمومًا ، ولم يعلم به ، ثم قبضه ، ثم مات من الحمى ، يرجع بالنقصان ، لا بجميع الثمن ، وإن مات بسبب كان فى يد البائع ، إلا أن هذا التزييف ليس بشىء ، والمسائل غير لازمة ، أما مسألة قطع اليد ، فلأن قطع اليد لا يوجب الهلاك لا محالة ، فالإنسان قد يسلم منه ، فالتلف عند المشترى لم يحصل بسبب كان فى يد البائع لا محالة ، وهو التخريج لمسألة الحمى .

وأما فى فصل الولادة ، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال : مسألة الولادة على هذا الخلاف أيضًا ، وما ذكر فى الكتاب أنه لا يرجع بجميع الثمن على قولهما ، وأما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : يرجع بجميع الثمن ، الدليل عليه أن محمدًا رحمه الله تعالى ذكر فى الكتاب : إذا غصب من آخر جارية ، فحبلت عند الغاصب ، فردها على المالك ، فولدت وماتت فى نفاسها ، قال : يرجع بجميع القيمة على الغاصب عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، وجعلت كأنها ماتت فى يد الغاصب ، كذا ههنا ، ولئن سلمنا ، فوجه التخريج أن الولادة ليست بسبب الهلاك لا محالة ، والتقريب ما مرّ .

ووجه آخر لأبى حنيفة رحمه الله تعالى : أن العبد الذى هو مستحق القتل لا قيمة له ، إذ القيمة عبارة عن الغرة ، وغرة الأشياء باعتبار نموها ، وادخارها لإقامة المصالح ، ومتى كان مستحق القتل ، كان حرام الاستيفاء ، فلم يكن متقومًا ، والبيع لا ينعقد على غير المتقوم ، كالميتة والدم ، والخمر ، فإن كان المشترى علم بذلك العيب ، فعندهما لزمه العبد ، ولا يرجع بنقصان العيب ؛ لأنه عيب رضى به ، وأما عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : فمن مشايخنا

رحمهم الله تعالى من قال: إنه عند أبي حنيفة كذلك، وهو غير صحيح، وإنما الصحيح أن عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه العلم والجهل سواء؛ لأن هذا بمنزلة الاستحقاق عنده، والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، وإن تداولته البيوع، ثم قتل عند المشترى الآخر، يتراجعون عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه بمنزلة الاستحقاق، وعندهما بمنزلة العيوب، وإن كان المشترى أعتق العبد، ثم قتل، فعندهما يرجع بنقصان العيب.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فعلى قود[1] ما ذكرنا في الوجه الأول له أن بالقتل يفوت يد المشترى مضافًا إلى سبب كان في يد البائع، ينبغي أن لا يرجع بشيء؛ لأن بالإعتاق فات ملك المشترى قبل القتل والقطع، فلا يتصور انتفاءه بالقطع والقتل، وعلى قود ما ذكرنا من الوجه الثاني أن البيع غير منعقد، لعدم تقوم العبد يرجع بجميع الثمن.

ذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: إذا اشترى بدراهم، وتقابضا، ثم باعه المشترى من بائعه، ثم وجد به عيبًا قديمًا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: له أن يرد على المشترى الأول إذا لم يعلم به، وقال: هو قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٢٥٩٥- وفي "شرح الجامع": من تعليقي في كتاب الوكالة في باب قبل الوكالة في الطلاق: رجل اشترى من آخر عبدًا، وباعه من غيره، ثم اشتراه ذلك الغير[2]، ثم اطلع على عيب، كان عند البائع الأول لم يرده على الذي اشتراه منه؛ لأنه غير مفيد؛ لأنه لو رده عليه، كان للمردود عليه أن يرده عليه ثانيًا؛ لأنه اشتراه منه، فلايفيد الرد، ولا يرده على البائع الأول؛ لأن هناك الملك غير مستفاد من جهته، فسمى البائع الأول صالحًا، والمشترى الأول جعفرًا، والمشترى الثاني زيدًا، وصورة مسألتنا بعد تسمية هؤلاء اشترى جعفر عبدًا من صالح، ثم إن جعفرًا باعه من زيد، ثم إن جعفرًا اشتراه من زيد ثانيًا، ثم اطلع على عيب قديم كان بالعبد، فعلى ما ذكر في "الجامع": ليس لجعفر أن يرده على زيد؛ لأنه لو رده على زيد، كان لزيد أن يرده على جعفر؛ لأنه قد اشتراه منه، فلا يفيد الرد، وعلى ما ذكر الحسن بن زياد رحمه الله تعالى في كتاب الاختلاف كان لجعفر أن يرده على زيد، ثم يرد زيد على جعفر، وأنه مفيد حتى يرده جعفر على صالح؛ لأن بدون ذلك لايعود إلى جعفر قديم ملكه المستفاد من جهة صالح، ثم على ما ذكره في كتاب الاختلاف إذا رد جعفر العبد على زيد، ثم رده زيد

---

(١) هكذا في الأصل والنسختين: "ظ" و"م"، وكان في النسخة "ف": قول.

(٢) وفي "م": من ذلك الغير بمهر.

على جعفر، إنما كان لجعفر حق الرد على صالح إذا كان الرد على جعفر بقضاء؛ لأن الرد بالقضاء فسخ من كل وجه فى حق الناس كافة، فيعود إلى جعفر قديم ملكه الذى استفاده من جهة صالح فى حقه وفى حق صالح، فكان له الرد على صالح، فأما إذا كان الرد على جعفر بغير قضاء، والرد بغير قضاء بيع جديد فى حق الثالث، لا يعود إلى جعفر قديم ملكه الذى استفاده من جهة صالح، فلا يكون له الرد على صالح، وتبين بما ذكر فى كتاب الاختلاف أن المذكور فى "شرح الجامع" قول محمد رحمه الله تعالى.

١٢٥٩٦- وفى "المنتقى": إذا اشترى من آخر ديناراً بدرهم، ثم إن مشترى الدينار باع الدينار من رجل آخر، ثم وجد المشترى الآخر بالدينار عيبًا، ورده على المشترى الأول بغير قضاء، كان للمشترى الأول أن يرده على بائعه بذلك العيب، ولا يشبه الصرف ههنا العروض، قال: لأن البيع لا يقع على الدنانير بعينها، وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم له على رجل، وقضاها آخر، فوجد فيها زيوفًا، وردها عليه بغير قضاء قاضٍ، فله أن يردها على الأول.

١٢٥٩٧- وفى "المنتقى": اشترى عبدًا، فوجده أعمى، فقال المشترى للبائع: أريد أن أعتقه عن كفارة يمينى، فإن جاز عنها، وإلا رددته، فله أن يرده، وهو نظير مسألة الثوب التى بعدها.

١٢٥٩٨- وفى "العيون": اشترى من آخر ثوبًا، فإذا هو صغير، فله أن يرده، فقال له البائع: أرِه الخياط، فإن قطعه، وإلا ردّه على، فأراه الخياط، فإذا هو صغير، فله أن يردّه، وكذا الخف والقلنسوة، وكذا إذا قضاه دراهم زائفة، وقال للقابض: أنفقها، فإن جازت عليك، وإلا فردها على، فقبلها على ذلك، فلم ينفق عليه، فله أن يردها استحسانًا، ذكره فى كتاب الصلح من "النوازل".

١٢٥٩٩- وفى "المنتقى": اشترى شيئًا بألف درهم، وقبض الألف، فوجدها نبهرجة، ثم عرضها على البيع، فهو رضا منه بها، وليس له أن يردها، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يكون رضا، وله أن يردها.

وفى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى المشترى فى خيار العيب إذا قال للبائع: إن لم أردها إليك اليوم، فقد رضيتها بالعيب، فهذا القول باطل، وله الرد.

١٢٦٠٠- وفيه أيضًا: رجل اشترى من رجل دارًا، فادعى رجل فيها مسيل ماء، وأقام على ذلك بينة، فهو بمنزلة العيب، فإن شاء المشترى، فأمسكها بجميع الثمن، وإن شاء ردها،

وإن كان قد بنى فيها بناء، فله أن ينقض بناءه، وليس له أن يرجع بقيمة بناءه؛ لأن هذا عيب، وليس باستحقاق شيء منه.

١٢٦٠١- وفيه أيضًا: رجل اشترى من آخر عبدًا بكرّ موصوف بغير عينه، وتقابضا، ثم وجد البائع بالكر عيبًا، وحدث به عنده عيب آخر، فإنه لا يرجع بشيء، وإن كان الكر بعينه عند المشترى، رجع فى العبد بمثل نقصان العيب فى الكر، إلا أن يرضى البائع، وهو مشترى العبد أن يأخذ الكر بعينه، ويرد العبد.

وفيه أيضًا: رجل استقرض من رجل حنطة، وقبضه، ثم اشتراه منه بمائة درهم، يعنى المستقرض اشترى الكر المستقرض من المقرض، ثم وجد بالكر عيبًا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: له أن يرده بالعيب، ولا يرده فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

وكذلك إذا كان القرض دراهم، فاشترى المقرض بها دنانير، وقبض الدنانير، ثم وجد المستقرض الدراهم القرض زيوفًا، فله أن يستبدلها فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وسيأتى جنس هذه المسائل فى فصل العروض -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر منه:

إذا اشترى شيئين، ووجد بأحدهما عيبًا، وكان ذلك قبل أن يقبضها، أو قبض أحدهما، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك، لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، ولو قبضهما رد المعيب خاصة؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، فرد المعيب خاصة لا يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وليس له أن يردهما إلا برضا البائع، وهذا الجواب يستقيم فى شيئين يستغنى كل واحد فى الانتفاع به عن الآخر، فأما إذا كانا شيئين لا يستغنى أحدهما فى الانتفاع به عن الآخر، كزوجى الخف، ومصراعى الباب، وما أشبهه إذا قبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، ليس له أن يرد المعيب خاصة، لما فيه من الإضرار بالبائع، ولكن إما أن يردهما، أو يمسكهما، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل".

١٢٦٠٢- وإذا اشترى زوجى ثوب، ثم وجد بأحدهما عيبًا بعد القبض، فأراد أن يرد المعيب خاصة، فظاهر الجواب أن له ذلك، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: إن ألف أحدهما العمل مع صاحبه، وصار بحال لا يعمل إلا مع صاحبه، فإنه لا يرد المعيب خاصة، وصار بمنزلة شيء واحد، وإن كان المشترى شيئًا واحدًا، فوجد ببعضه عيبًا قبل القبض، أو بعده،

فليس له أن يرد المعيب خاصة، وإن كان المعقود عليه مما يكال، أو يوزن من ضرب واحد، فوجد ببعضه عيبًا، ليس له أن يرد المعيب خاصة، سواء كان ذلك قبل القبض، أو بعد القبض، أما قبل القبض فظاهر، وأما بعد القبض فلما ذكرنا، بخلاف ما إذا كان المعقود عليه ثوبين، أو عبدين، والفرق أن المكيل والموزون جعلا كشىء واحد من حيث الحكم فى حق البيع؛ لأن المالية والتقوم للمكيل والموزون ثبت بالإجماع، فإن الحبة الواحدة بانفرادها لا يكون مالا متقومًا قابلا للبيع، فإذا كانت المالية القابلة للبيع تثبت بالإجماع، صار الكل فى حق البيع كشىء واحد حكمًا، ولو كان شيئًا واحدًا حقيقة، بأن كان ثوبًا، ووجد ببعضه عيبًا، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك، كذلك ههنا.

حكى الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله تعالى: أنه كان يقول على قياس قول محمد رحمه الله تعالى يجب أن يرد بعض المكيل والموزون بالعيب، وإن كان مجتمعا إذا كان التمييز لا يزيد بالمعيب عيبًا، وكذلك إذا وجد البعض صغارًا، فأراد أن يغربل ليرد الصغار من الحب الذى هو من تحت الغربال، ويمسك الباقى، ليس له ذلك.

وكذلك إذا اشترى الجوز، أو البيض، فوجد البعض صغارًا، فأراد أن يرد الصغار خاصة، ويمسك الباقى، فليس له ذلك.

وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى: أنه قال: ما ذكر من الجواب فى المكيل والموزون محمول على ما إذا كان الكل فى وعاء واحد، أما إذا كانت فى أوعية مختلفة، فوجد ما فى وعاء واحد معيبًا، فإنه يرد ذلك وحده، بمنزلة الثوبين والصنفين، كالحنطة والشعير، وكان يفتى به، ويزعم أنه رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى، وقد عثرت على الرواية فى "المنتقى" وصورة ما ذكر ثمه إذا اشترى زق عسل، أو سمن، أو اشترى جرة زيت، أو دهن، أو سلة زعفران، أو قوصرة تمر، أو جوالق حنطة، أو دقيق، فوجد شىء من ذلك عيبًا قبل القبض، أو بعده، فهو بالخيار، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أمضاه، وليس له أن ينقض البيع فى المعيب[١] خاصة؛ لأن هذا شىء واحد، والحال فيه قبل القبض وبعد القبض سواء.

١٢٦٠٣- ولو اشترى قوصرتى تمر، أو جرتى زيت، أو قربتى عسل، أو كرين متفرقين فى وعائين، أو جابتى خل، فوجد بأحدهما عيبًا قبل القبض، فله أن يدع المبيع، أو يأخذ المبيع، وإن كان بعد القبض، فليس له أن يرد إلا الذى به العيب.

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و "م"، وكان فى الأصل و النسخة "ظ": المبيع.

قال الحاكم أبو الفضل : قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إلا إذا كان سواء مثل الأول زيتًا واحدًا، وسمنًا واحدًا، فيرد كله، أو يترك كله في قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه، وهو قولنا، قال أبو الفضل أيضًا : وجدت في البيوع عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا اشترى أثوابًا، فقبضها، أو لم يقبضها، فوجد ببعض الأثواب عيبًا، رد المعيب خاصة، ولزمه الآخر .

١٢٦٠٤- وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه : إذا اشترى عشرة قواصر تمر، فوجد ببعضها عيبًا، فإن كان تمرًا واحدًا من صنف واحد، ليس له أن يرد إلا جميعه، أو يأخذ جميعه، وإن كان مختلفًا، له أن يرد المعيب خاصة، وكذلك قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : فيما إذا اشترى لفائف إبريسم، فوجد بعض ما في كل لفافة معيبًا، فأراد أن يرد ذلك خاصة، بأن يميز المعيب، فليس له ذلك .

وبمثله لو وجد لفافة منها كلها معيبًا، كان له أن يرد ذلك، ويمسك ما لا عيب به، وكذلك إذا اشترى عددًا من كنه الغزل، فوجد في كل واحد شيئًا معيبًا، لايكون له أن يميز ذلك، أو يرده خاصة، وإن وجد بعض العدد معيبًا، له أن يرد ذلك، ويمسك ما لا عيب به .

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : لا فرق بين ما إذا كان الكل في وعاء واحد، أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" يدل عليه، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي .

١٢٦٠٥- وفي "المنتقى" : قال محمد رحمه الله تعالى : رجل اشترى طعامًا، ووجد به عيبًا، فأراد أن يرد البعض دون البعض، فله ذلك، وكذلك كل ما يكال، أو يوزن؛ لأنه ليس في رد بعضه ضرر على البائع، قال محمد، وقال أبو حنيفة رحمهما الله تعالى : ليس له أن يرد البعض دون البعض، قال : وأظنه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى .

١٢٦٠٦- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل اشترى جاريتين صفقة واحدة، ورأى بإحداهما عيبًا قبل القبض، فأعتق التي لا عيب بها، لزمته الأخرى، ولو قبض التي لا عيب بها، ثم أراد ردها، فله ذلك، ولو كان قبض التي بها العيب، وهو يعلم بالعيب، لزمتاه، ولو وجد بهما العيب، فقبض إحداهما، فله أن يردهما جميعًا .

ولو كان قبض إحداهما، وأعتقهما، وهو لا يعلم بالعيب، ثم وجد بالأخرى عيبًا، ولم يقبضها، فله أن يردها، وإذا قبضهما جميعًا، فأعتق إحداهما، وهو يعلم بعيب الأخرى، فليس هذا منه رضا، ولو قبض واحدة، وترك واحدة، ثم حدث بكل واحدة عيبًا، فله أن يدع التي لم يقبض، إلا أن يرضى البائع أن يقبل الأخرى بعينها، وإن شاء البائع ذلك، قيل

للمشترى : خذهما جميعًا ، أو ردهما جميعًا .

١٢٦٠٧ - وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : إذا اشترى عبدين ، وعلم بعيب بهما ، فقبض أحدهما ، فهو رضا بعيبهما جميعًا .

١٢٦٠٨ - وفى "المنتقى" : رجل اشترى ثلاثة أعبد ، فقبض أحدهم ، ثم وجد بأحد الباقين عيبًا ، فليس له إلا أن يردهم جميعًا ، أو يأخذهم جميعًا ، ولو كان أعتق العبد الأول ، لزمه بحصته من الثمن ، وهو بالخيار فى الباقين ، إن شاء أخذهما ، وإن شاء ردهما ، وليس له أن يرد المعيب خاصة ، إلا أن يرضى البائع .

١٢٦٠٩ - وإذا اشترى جراب هروى ، وأخذ ثوبًا منه ، وقطعه ، وخاطه ، أو باعه ، ثم وجد بثوب من الجراب عيبًا ، فللمشترى أن يأخذ ما بقى من الثياب ، ويرد الذى به العيب خاصة ؛ لأنه حين استهلك فكأنه قبض كله ، ولو قال البائع : لا أسلم لك أنا أرضى أن يرد الجراب كله ، فليس له ذلك ، إلا أن يشاء المشترى ، ولو كان قطع الثوب ، ولم يخطه ، فرضى البائع أن يمسك الجراب ، ويأخذ الثوب المقطوع ، فله ذلك ، ذكر مسألة الجراب فى "المنتقى" .

١٢٦١٠ - وفيه أيضًا : اشترى من آخر نخلا فيه تمر بموضعه من الأرض ، وتمره ، ولم يقبض المشترى النخل حتى جذّ البائع ، فإن كان جذاذه ينقص النخلة ، أو التمر بأن كان لم يبلغ الجذاذ ، فالمشترى بالخيار ؛ لأن هذا عيب حدث فى ضمان البائع ، وإن كان ما صنع البائع لم ينقص النخل والتمر ، فلا خيار للمشترى ؛ لأن فعله إصلاح ، وإذا قبضهما المشترى ، فوجد بأحدهما عيبًا ردّه وحده ؛ لأن البائع سلم المبيع متفرقًا ، فلا بأس بالردّ كذلك ، فإن كان المشترى قبض ذلك كله قبل الجذاذ ، ثم جذه المشترى ، ولم ينقصه الجذاذ شيئًا ، ولم ينقص النخل أيضًا ، ثم وجد بأحدهما [عيبًا ، لم يكن له أن يرد أحدهما دون الآخر ، وله أن يردهما جميعًا بالعيب الذى وجد بأحدهما][1] ؛ لأنه إذا قبضهما قبل الجذاذ ، كانا بمنزلة شىء واحد ، وليس هذا بمنزلة الفص والخاتم إذا ميز أحدهما عن الآخر بعد القبض ، وليس فيه ضرر ؛ لأن التمر بعض النخل ؛ لأنه خرج منه ، والفص ليس من الفضة ، ولو كان جذاذ المشترى نقص أحدهما ، ثم وجد العيب ، لم يرد واحدًا منهما ، أما إذا كان العيب بالذى انتقص ؛ لأنه تعيب عنده بعيب زائد ، وأما إذا كان بالآخر ؛ لأنه لو رده الآخر ، تفرقت الصفقة ، وقد كانت مجتمعة ، فإذا تعذر الرد ، يرجع بنقصان العيب ؛ إلا أن يشاء البائع أن يقبل ذلك مع العيب ، حينئذٍ رده لأن امتناع الرد إنما كان لحق البائع ، وإذا رضى زال حقه ، فيرتفع الامتناع .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

١٢٦١١- وكذلك لو اشترى شاة على ظهرها صوف، فجز البائع الصوف قبل القبض، أو جزه المشترى بعد القبض، كان الجواب فيه كالجواب فى التمر، إلا أن فرق ما بينهما أن الصوف يدخل فى العقد من غير شرط، بخلاف التمر، والقياس فى التمر كذلك؛ لأن التمر مع النخيل بمنزلة شىء واحد، لكون التمر متصلا بالنخلة اتصال خلقة، إلا أنا تركنا القياس فى التمر بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلا مؤبرًا فتمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

١٢٦١٢- ولو كان شاة حاملا، فولدت عند البائع، ولم تنقصها الولادة، فقبضهما المشترى، ثم وجد بأحدهما عيبًا، رده بحصته من الثمن؛ لأنه مبيع متفرق فى يد البائع، فلا يكون فى رد أحدهما تفريق اليد على البائع.

وإن قبضها، ثم ولدت، ثم وجد بأحدهما عيبًا، لم يملك الرد؛ لأنه لا يمكن رد الأم مع الولد؛ لأن العقد لم يرد على الولد، فلا يرد عليه الفسخ، ولا يمكن رد الأم بدون الولد؛ لأن الولد عنده يبقى مقصودًا بلا عوض، فيكون ربا، بخلاف الصوف؛ لأنه شىء ظاهر صار مبيعًا، فصار انفصاله عن الأصل وبقاءه متصلا به سواء، واللبن مثل الولد، يريد به إذا اشترى شاة، وفى ضرعها لبن، فحلب البائع، أو المشترى لبنها كان بمنزلة الولد، إذ لا قيمة له حالة الاتصال، كما فى الولد، ولهذا إذا غصب شاة، يصير ضامنًا لصوفها، ولا يصير ضامنًا لولدها، ولبنها، وزان هذه المسألة من تلك المسألة ما إذا ازداد الصوف بعد القبض، فحينئذٍ يمنع الرد.

١٢٦١٣- وإذا اشترى فجلا، أو سلجمًا معينًا فى الأرض، فقلعه المشترى كله، فوجد ما اشترى من العراج فيه تامًا ذلك، فوجد به عيبًا بعد ما قلعه كله لا يستطيع الرد؛ لأن قلعه تعييب، ولكن يرجع بنقصان العيب.

١٢٦١٤- وإذا اشترى من آخر عبدًا بثمن معلوم، فجاء أجنبى، وزاد المشترى فى المبيع ثوبًا، فقبضه المشترى، فهذا متطوع، وللثوب حصة من الثمن، وقد رضى صاحب الثوب لأن[1] يكون حصة ثوبه للبائع، فإن وجد المشترى بالعبد عينًا، رده بحصته من الثمن، ويكون حصة الثوب للبائع، فإن وجد بالثوب عيبًا بعد ذلك، رده على صاحبه، وأخذ من البائع تلك

---

(١) وفى "م": بأن.

الحصة، ولو لم يجد بالعبد عيبًا إنما[1] وجد بالثوب عيبًا، رده على صاحبه، ولم يرجع بحصته، وإن وجد بعد ذلك بالعبد عيبًا، رده على صاحبه بجميع الألف.

١٢٦١٥- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى مصراعي باب، فأخذ أحدهما بإذن البائع، ثم ذهب ليأخذ الآخر، فوجده قد سرق من البائع هلك على البائع؛ لأنه هلك في يده، ويرد عليه المشتري ما أخذ إن شاء؛ لأنه صار معيبًا، فلو أنه حين أخذ أحدهما عيبه بضرب فاس، وباقي المسألة بحالها، كان الهلاك على المشتري؛ لأن تعيب المأخوذ يؤثر في غير المأخوذ، فيكون[2] قابضًا، وكذا في الخفين والنعلين.

١٢٦١٦- وفيها أيضًا: اشترى ضيعة مع غلاتها، واطلع على عيب بها، وأراد الرد، ردها ساعة، وجدها معيبة؛ لأنه لو جمع الغلات، امتنع الرد؛ لأن ذلك يكون رضا منه بالعيب، ولو ترك الغلات، فكذلك يمتنع الرد؛ لأنه تضييع، فيزداد العيب، وإذا اشترى مشجرة، ووجد ببعض الأشجار عيبًا، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك؛ لأنها وإن كانت مباينة حقيقة، فهي كشيء واحد معنى، ألا ترى أن المعيب لو ردها خاصة لا يشترى من البائع بمثل ما يشترى مع غيره.

نوع آخر في بيان ما يمنع الرجوع بالأرش، وما لا يمنع:

كيفية الرجوع بنقصان العيب أن يقوم المبيع، ولا عيب به، ويقوم، وبه ذلك العيب، فإذا كان تفاوت ما بين القيمتين العشر، فالمشتري يرجع على البائع بعشر الثمن، وإن كان تفاوت ما بين القيمتين النصف، فالمشتري يرجع على البائع بنصف الثمن، وعلى هذا القياس -فافهم-.

وإذا باع المشتري المبيع بعد ما علم بالعيب به، فالأصل في هذا أن في كل موضع لو كان المبيع قائمًا على ملك المشتري، أمكنه الرد على البائع إما برضاه، أو بغير رضاه، فإذا أزاله عن ملكه بالبيع، أو ما أشبهه، لا يرجع بنقصان العيب، وفي كل موضع لا يمكنه الرد لو كان المبيع قائمًا على ملكه، فإذا أزاله عن ملكه بالبيع، أو ما أشبهه، يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن المشتري الثاني قام مقام المشتري الأول بالبيع، فصار كون المبيع في يد المشتري الثاني لكونه في

---

(١) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: لما.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: فيصير مكان فيكون.

يد المشترى الأول.

١٢٦١٧- ولو كان المبيع فى يد المشترى الأول، وأراد أن يرجع بنقصان العيب مع[١] إمكان الرد، ليس له ذلك، وعند تعذر الرد له ذلك، فكذا فى يد المشترى الثانى بيان هذا الأصل: إذا تعيب المبيع فى يد المشترى بعيب، ثم اطلع على عيب آخر، كان فى يد البائع، كان له أن يرده برضى البائع، فإذا أخرج المبيع عن ملكه فى هذه الصورة ببيع، أو ما أشبهه، ليس له أن يرجع بنقصان العيب، وإذا اشترى ثوبًا، وصبغه، أو اشترى دارًا، وبنى فيها، ثم اطلع على عيب به، ليس له أن يرده، وإن رضى به البائع، فإذا أخرجه عن ملكه فى هذه الصورة بالبيع، أو ما أشبهه، يرجع بنقصان العيب.

١٢٦١٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": رجل اشترى عبدًا، وأعتقه، ثم وجد به عيبًا، إن كان أعتقه على مال، لا يرجع بنقصان العيب، وإن كان أعتقه بغير مال، يرجع بنقصان العيب، عندنا، فالأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى تعذّر رد المبيع على البائع بسبب إخراج المشترى المبيع عن ملكه بالبيع، أو الهبة، وكان ذلك قبل العلم بالعيب [منع الرجوع بالنقصان عند ظهور العيب؛ لأن المشترى متشبّث بالمبيع مع إمكان الرد بعد العلم بالعيب][٢].

أما التشبّث بالمبيع بعد العلم بالعيب، فلأن[٣] المشترى منه، والموهوب له متشبث به بعد العلم بالعيب، أو بتشبّثهما كتشبّث المشترى الأول؛ لأنه حصل بتسليطه، وأما مع إمكان الرد، فلأن المشترى منه لو رد المشترى عليه بقضاء أمكنه الرد على البائع، وكذلك الموهوب له لو فسخ الهبة مع المشترى أمكنه الرد؛ لما قلنا.

والتشبّث بالمبيع بعد العلم[٤] بالعيب مع إمكان الرد دليل الرضا بالعيب، والرضا بالعيب يسقط حق المشترى فى الرد فى الرجوع بنقصان العيب، ومتى تعذر الرد بتلف المشترى على حكم المشترى من غير فعله، وكان ذلك قبل العلم بالعيب لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، وذلك كالموت؛ لأنه غير متشبّث بالمبيع بعد العلم مع إمكان الردّ، فلا يمنع الرجوع بنقصان

---

(١) وفى "م": بنقصان العيب، وهذا لأن مع إمكان الرد. . .إلخ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى النسخة "م": مكان بدلا من فلأن.

(٤) وفى "ظ": مع العلم مكان بعد العلم.

العيب، كما لو كان حيًا، وتعذر الرد بسبب من الأسباب، ومتى تعذر الرد بتلف المشترى على حكم ملك المشترى بفعل المشترى، ينظر إن كان بفعل مضمون عليه من جميع الجهات لو حصل فى ملك الغير، نحو القتل وإحراق الثوب، وغير ذلك، منع الرجوع بنقصان العيب؛ لأنه وصل إليه عوض الجزء الفائت من حيث المعنى؛ لأن القتل والإحراق سبب الضمان لو وجد فى ملك الغير، وإنما سقط عنه الضمان بسبب ملكه، فيجعل سقوط الضمان بسبب الملك، وقد زال عنه الملك بسبب القتل بدلا عن الملك، فهو معنى قولنا: أنه وصل إليه العوض، فلا يرجع بنقصان العيب، كما لو باع، وإن كان بفعل غير مضمون عليه بجميع الجهات لو حصل فى ملك الغير، لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، وذلك نحو الإعتاق والتدبير والاستيلاد؛ لأن العتق فى ملك الغير، لا يتصور سبب الضمان؛ لأنه لا ينفذ أصلا، فإذا لم يكن سبب الضمان فى ملك الغير لا يمكننا أن نجعل الضمان واجبًا بالتسبب، ثم ساقطًا عنه بسبب الملك، حتى يصير سقوط الضمان بسبب الملك، وقد زال عنه الملك بالإعتاق بدلا عن الملك على نحو ما ذكرنا فى القتل، فهو معنى قولنا: لم يصل إليه عوض الجزء الفائت [بخلاف فصل القتل على ما ذكرنا، وبخلاف ما لو أعتقه على مال، أو كاتبه؛ لأنه وصل إليه عوض الجزء الفائت][1] لأن البدل مقابل بجميع الأجزاء بالقائم والفائت؛ لأن حقه فى الجزء الفائت قائم من حيث الاعتبار ما لم يصل إليه بدله، ولو قتله أجنبى لا يرجع بالنقصان قتله عمدًا أو خطأ؛ لأنه وصل إليه العوض، وهو القصاص، أو القيمة.

١٢٦١٩- قال فى "القدورى": وإذا اشترى ثوبًا أو طعامًا، وخرق الثوب، أو استهلك الطعام، ثم اطلع على عيب كان به، لا يرجع بنقصان العيب بلا خلاف، ولو لبس الثوب حتى تخرّق من اللبس، أو أكل الطعام، ثم اطلع على عيب به، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: [لا يرجع بنقصان العيب.

وقالا: يرجع والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله][2]؛ لأن الأكل واللبس فى ملك الغير سبب الضمان، وإنما سقط الضمان عنه بسبب الملك، والتقريب ما ذكرنا، وإذا اشترى عبدًا، وباع بعضه، وبقى البعض، ثم اطلع على عيب، لم يرد ما بقى كيلا يتضرر البائع ضرر عيب الشركة، ولم يرجع بنقصان العيب بحصة ما باع بلا خلاف، وهل يرجع بحصة ما بقى، ففى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ظاهر رواية أصحابنا لا يرجع، وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه يرجع، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه متشبث بالمبيع بالقدر الذي باع بيد المشترى منه مع إمكان الرد، بأن يرد المشترى منه ذلك بعيب بقضاء، فيصير راضيًا في القدر الذي باع، فيصير راضيًا بالباقي ضرورة عدم التجزئ.

١٢٦٢٠- وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فيمن اشترى ثوبًا، وباع نصفه، ثم وجد بالنصف الآخر عيبًا أنه يرد ما بقي، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: إنه لا يرد، ويرجع بفضل العيب[١]، قال أبو الفضل: هذا خلاف جواب "الأصل".

ولو اشترى حنطة، أو سويقًا، فطحن الحنطة، أو لت السويق بسمن، ثم اطلع على عيب به، رجع بنقصان العيب؛ لأنه لم يتشبّث بالمبيع بعد العلم بالعيب مع إمكان الرد؛ لأنه لا يمكنه الرد بعد الطحن ولت السويق، وإن رضي به البائع لمكان الزيادة، فلا يصير راضيًا بالعيب، فيرجع بحصة النقصان.

١٢٦٢١- وإذا اشترى طعامًا، فأكل بعضه، ثم وجد بالباقي عيبًا، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بأرش ما أكل، ولا بأرش ما بقي.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يرد ما بقي، ويرجع بأرش ما أكل، وما بقي، وقال محمد رحمه الله تعالى: يرد ما بقي، ويرجع بنقصان العيب فيما أكل، والحاصل أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله تعالى يجعلان المكيل والموزون في حكم شيء واحد، فلا يرد بعضه بالعيب، كما في العبد الواحد، وإنما اختلفا في الرجوع بنقصان العيب، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: الأكل بمنزلة البيع، حتى قال: لو أكل جميع الطعام، ثم اطلع على عيب به، لا يرجع بنقصان العيب، كما لو باع، فصار أكل بعض الطعام، وأنه شيء واحد عنده بمنزلة بيع نصف العبد، وهناك لا يرجع بنقصان العيب أصلا، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى الأكل بمنزلة الطحن، حتى إن عنده بعد ما أكل الطعام إذا اطلع على عيب، يرجع بنقصان العيب، كما لو طحن الحنطة، ثم اطلع على عيب بها، فصار أكل بعض الطعام، كطحن بعض الحنطة، وذلك لا يمنع الرجوع بنقصان العيب في الكل، ومحمد رحمه الله تعالى جعل المكيل والموزون في حكم شيئين؛ لأنه مما لا يضره التبعيض، والأكل عنده بمنزلة الطحن، فكأنه اشترى شيئين حنطة وشعيرًا، وطحن أحدهما، ثم اطلع على عيب بالكل، وهناك يرجع بحصة ما طحن، ويرد الباقي، فكذا ههنا، هذا جملة ما ذكر في "الأصل".

---

(١) وفي "م": لا يرد، ويرجع بنقصان العيب.

وذكر فى موضع من "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب أنه يرجع بنقصان العيب فيما أكل، وفيما بقى، ولا يرد الباقى، وذكر فى موضع آخر منه: عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا أكل بعض الطعام، رجع بنقصان العيب فى الذى بقى عنده، وذكر فى موضع آخر: عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى: إذا أكل بعض الطعام، ثم اطلع على عيب كان بالذى أكل، وبالذى بقى، فإنه يرجع بنقصان عيب ما أكل، وكذلك بجميع ما يكال، أو يوزن مما لا ينقصه التبعيض، فأما إذا باع بعض المكيل والموزون، فعند أبى حنيفة وأبى يوسف: لا يرد ما بقى، ولا يرجع بشىء من النقصان؛ لأنه فى حكم شىء واحد، فصار بمنزلة العبد الواحد، وعن محمد: أنه يرد ما بقى، ولا يرجع بحصة العيب فيما بقى، هكذا ذكر فى "الأصل"، وكان الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو الليث رحمهما الله تعالى يفتيان فى هذه المسائل بقول محمد على ما ذكر فى "الأصل" رفقًا بالناس، وعليه اختيار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى.

١٢٦٢٢- وفى "فتاوى أبى الليث": أن من اشترى دقيقًا، وخبز بعضه، ثم تبين أن الدقيق مرٌّ، رد الباقى بحصته من الثمن، ورجع بالنقصان بحصة ما استهلك، وهو بناء على مذهب محمد رحمه الله تعالى على ما هو المذكور فى "الأصل".

وفى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا باع بعض الطعام رد ما بقى فى يده، ولا يرجع بنقصان العيب[1].

وفى موضع آخر من "المنتقى": إذا باع بعض الطعام، ثم وجد بالباقى عيبًا، لم يرد الباقى، ولا يرجع بالنقصان فى قولهم جميعًا.

١٢٦٢٣- إذا أبق المبيع بعد القبض، ثم علم المشترى به عيبًا، كان عند البائع لا يكون له أن يرجع بنقصان العيب، ما دام العبد حيًّا، فإذا مات، الآن يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد بالعيب، وإنما صار الخلف عند وقوع اليأس عن الأصل، وما دام العبد حيًّا، لا يقع اليأس عن الأصل، فلهذا لا يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٢٤- وإذا اشترى أرضًا، ووقفها، ثم وجد به عيبًا [رجع بنقصان العيب، ذكر المسألة هلال الرازى فى وقفه، ولو جعله مسجدًا، ثم وجد به عيبًا][2] لا يرجع بنقصان

(١) وفى "م": بنقصان عيب ما باع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

العيب، ذكر المسألة القدورى رحمه الله تعالى فى شرحه، والفرق بينهما أنه لما جعله مسجدًا، فقد جعله لله تعالى، قال الله تعالى : ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾[1]، ومتى صار لله تعالى زال عن ملكه، ولهذا لا يعتبر فيه شرطه، فإنه لو جعل داره مسجدًا بشرط أن يصلى فيه فلان، لا يعتبر هذا الشرط، ولو بقى على حكم ملكه لاعتبر شرطه[2]؛ لأنه حينئذٍ يكون هذا شرطًا فى ملكه، علم أن الدار زال عن ملكه باتخاذه مسجدًا، فيعتبر الإزالة عن ملكه باتخاذه مسجدًا، كالإزالة بالبيع، وهناك لا يرجع بالأرش، فهنا كذلك، أما بجعله وقفًا لا يزيله عن ملكه؛ لأن الموقوف باقٍ على حكم ملكه، ألا ترى أنه يعتبر شرطه، فإنه لو وقف أرضه بشرط أن يصرف غلته إلى فلان دون فلان يعتبر شرطه، فلم توجد الإزالة فى باب الوقف، فلا يمنع الرجوع بالأرش.

ذكر القدورى مسألة المسجد فى شرحه من غير ذكر خلاف، وفى موضع آخر أن على قول محمد رحمه الله تعالى : لا يرجع بنقصان العيب، وعلى قول أبى يوسف : يرجع بناء على أن على قول محمد المسجد مؤبد، فتمت الإزالة عن ملكه، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى المسجد ليس بمؤبد، فلم تتم الإزالة عن ملكه، وصار من حيث المعنى كأنه لا إزالة.

١٢٦٢٥- ولو اشترى ثوبًا، وكفن به ميتًا، فإن كان المشترى وارث الميت، وقد اشترى بشىء من التركة رجع بالأرش، ولو تبرع بالتكفين أجنبى، لم يرجع بأرش العيب.

والفرق وهو أن المشترى إذا كان وارثا، وقد اشترى من التركة لمورثه، فالملك فى الكفن لم يثبت للوارث، بل هو على حكم ملك المورث، فبقى الملك فى الكفن على الوجه الذى أوجبه العقد، وقد تعذر الرد، فيرجع بالأرش، بخلاف ما إذا تبرع أجنبى بالتكفين؛ لأن الكفن ملك المتبرع، وبالتكفين أزاله عن ملكه، فيبطل حقه من كل وجه، كما لو تبرع به على إنسان فى حال حياته.

١٢٦٢٦- إذا مات العبد المشترى فى يد المشترى الثانى، ثم اطلع على عيب به، ورجع على بائعه، والمشترى الأول بنقصان العيب، فالمشترى الأول، لا يرجع على بائعه بنقصان العيب؛ لأن العيب الثانى لم ينفسخ، فلم يثبت حق الرد للمشترى الأول، فلا يثبت له حق الرجوع بالنقصان خلفا عنه، وهذا على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعلى قول أبى

(١) سورة الجن : الآية ١٧.

(٢) وفى "م" : لا يحد بشرطه بدلا من لاعتبر شرطه.

يوسف رحمه الله تعالى : يرجع، ذكر قول أبي يوسف فى هذه المسألة فى "المنتقى"، ولم يذكر قول محمد، وذكر فى "المنتقى" أيضًا قول محمد رحمه الله تعالى فى مثل هذه المسألة نظير قول أبي يوسف فى هذه المسألة، وذكر قول أبي يوسف بخلافه[1] .

وصورتها : رجل اشترى من آخر جارية، وباعها من غيره، فولدت فى يد المشترى ولدًا، ووجد بها عيبًا قد كان دلسه البائع الأول[2]، ولم يعلم به المشترى الأول، ورجع المشترى الثانى على المشترى الأول بنقصان العيب، لا يرجع به المشترى الأول على بائعه بذلك فى قول أبي رحمه الله تعالى، وقال محمد : يرجع .

قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم أقر المشترى أن البائع قد كان أعتقه قبل البيع، أو دبره، أو كانت أمة، فأقر أنه استولدها، وأنكر البائع ذلك، وحلف، لا يصدق المشترى على البائع؛ لأن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره على ما عرف، ويكون العبد حرًّا فى الإقرار بالعتق وولاءه موقوف، وصار مدبرًا موقوفًا فى مسألة التدبير، وكذا فى مسألة الاستيلاد، وإن وجد المشترى المبيع عيبًا، علم أنه كان عند البائع، فله أن يرجع بنقصان العيب؛ لأنهما تصادقا على الرجوع بنقصان العيب، أما البائع، فلأن فى زعمه أن المشترى أقر كاذبًا، وأنه صار كالمنشئ للإعتاق، والتدبير، وذلك لا يمنعه عن الرجوع بنقصان العيب على ما مر، والمشترى يزعم أن البيع وقع باطلا، وأن له حق الرجوع بجميع الثمن، فصار قدر النقصان منفقًا، فلهذا رجع بنقصان العيب، وكذلك لو كان المشترى أقر أنه حر الأصل، والمسألة بحالها، رجع بنقصان العيب، لما قلنا .

١٢٦٢٧- ولو كان المشترى أقر أن العبد لم يكن للبائع يوم باعه، وإنما كان لفلان، فصدقه المقر له فى ذلك، فإن شاء أجاز بيع البائع، وأخذ منه الثمن، وإن شاء لم يجز، وأخذ العبد؛ لأنه ثبت بتصادقهما أن البائع كان فضوليًا فى هذا البيع، وأن البيع توقف على إجازة المقر له، فيكون له الخيار .

فإن أجاز بيعه، وأخذ الثمن، ثم إن المشترى وجد بالعبد عيبًا قديمًا، لم يرجع بشيء على البائع؛ لأن الإقرار من المشترى نزله منزلة التمليك، ولا يعنى به أن الإقرار بتمليك

(١) وفى "ف" : وذكر قول محمد وأبي يوسف بخلافه .

(٢) وفى "م" : وقد كان عند البائع الأول .

مبتدأ؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق، والتمليك إنشاء الملك، ولكن يعنى به أن الإقرار يدل على التمليك؛ لأن الإقرار بالملك إخبار عن سبق الملك، والملك لا بد له من التمليك، ولكن الإقرار إنما يدل على سبق التمليك بأدنى زمان يمكن، فيجعل كأن المشترى ملكه منه، ثم أقر له بناء على ذلك، فإذا كان هكذا، انقطع ملك المشترى عن المبيع، فبطل حقه فى العيب أصلا، وهذا إذا صدقه المقر له فى الإقرار، فإن كذبه فيه رده بالعيب؛ لأن الإقرار نفسه ليس بتمليك، وإنما يثبت التمليك فى ضمن الإقرار، فإذا بطل الإقرار، بطل التمليك الذى ثبت فى ضمنه، وكذلك لو كان الإقرار من المشترى بهذا بعد علمه بالعيب، وكذبه المقر له رده المشترى على البائع [بخلاف ما إذا عرضه المشترى على البيع بعد العلم بالعيب، والفرق وهو أن العرض على البيع][1] إنشاء تصرف يعتمد الملك فى المحل بقضية الأصل، فيكون ذلك دليلا على تقرير ملكه، وإبطال حقه فى العيب، وأما الإقرار كما يصح فى الملك يصح فى غير الملك، حتى إن من أقر بما لايملك، ثم ملكه يومًا من الدهر، ويؤمر بالتسليم إلى المقر له، فلا يكون هذا رضا من المقر بتقرر ملكه[2].

١٢٦٢٨- ولو وجد به المشترى عيبًا قديمًا، وقد حدث عنده آخر، ثم امتنع رده، وذلك قبل الإقرار، فرجع بنقصان العيب، ثم أقر به المشترى للمقر له، وصدقه المقر له، لم يرجع البائع على المشترى بنقصان العيب الذى أخذ منه؛ لأن أكثر ما فى الباب أن الإقرار من المشترى جعل بمنزلة تمليك مبتدأ على ما مر، إلا أن التمليك إنما يثبت سابقًا على الإقرار بأدنى زمان يمكن، فيحتمل وجود التمليك بعد الرجوع بنقصان العيب، ويحتمل أن يكون قبله، فلا يبطل المأخوذ بالشك، وفى الفصل الأول، لا يثبت[3] حق الرجوع للمشترى بالشك.

١٢٦٢٩- قال محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، فأقر المشترى أن العبد كان لفلان أعتقه قبل أن اشتريته، وأنكر البائع ذلك كله، فهذا على وجوه: إما أن صدقه المقر له فى الملك والإعتاق، أو صدقه فى الملك، دون الإعتاق، أو كذبه فيهما جميعًا، ففى الوجه الأول كان العبد مولى للمقر له؛ لأن المشترى أقر له بالملك، وشهد عليه بالعتق، فإذا صدقه فى الملك، نفذ الكل عليه، وإن وجد المشترى بالعبد عيبًا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ف" و "م": بتقرير ملكه.

(٣) وفى "ظ": لا يبطل مكان لا يثبت.

قديمًا، لم يرجع بشىء؛ لأنه لما ثبت الملك للمقر له بإقرار المشترى، ولم يصدقا على البائع جعله كأن المشترى ملكه بعد الشراء تمليكًا مبتدأ، ثم أعتقه المقر له، ثم أقر به المشترى، ولو كان كذلك لم يرجع المشترى على البائع بشىء، فههنا كذلك، وفى الوجه الثانى دفع العبد إلى المقر له، وكان عبدًا له، لا يعتق عليه؛ لأن المشترى أقر له بالملك، وأشهد عليه بالعتق، فثبت مما أقر به بحكم التصديق، وبطل ما شهد به بحكم التكذيب، وإن وجد المشترى عيبًا، لم يرجع بشىء، لما قلنا: إن الإقرارر منه بمنزلة تمليك مبتدأ على ما قررّ، وفى الوجه الثالث عتق العبد على المقر له؛ لأنه ما ملكه ظاهرًا، وقد أقر بحريته، حيث نسب الإعتاق إلى من يزعمه مالكًا، والمالك الظاهر متى أقر بحرية مملوكه، يعتق، وكان الولاء موقوفًا؛ لما قلنا قبل هذا، وإن وجد المشترى بالعبد عيبًا قديمًا، يرجع بنقصان العيب على البائع؛ لأن المقر بهذا الإقرار جعل كالمنشئ للإعتاق، ولم يجعل بمنزلة التمليك؛ لأن التمليك إنما كان مقتضى للإقرار بالملك للمقر له، وقد بطل الإقرار بتكذيب المقر له، فيبطل ما ثبت فى ضمنه.

ولو أقر المشترى أنه اشتراه، وهو لفلان، إلا أن المشترى قال: أعتقه فلان بعد شراء، لا يرجع بنقصان العيب، أما إذا صدقه المقر له فيهما، أو صدقه فى الملك دون الإعتاق، فلما قلنا، وكذلك إذا كذبه فيهما، فرق بين هذا وبين ما تقدم، والفرق وهو أن فيما تقدم المشترى زعم أن شراءه وقع على حر، فلا يثبت الملك له حتى يجعل الإقرار بالملك لفلان تمليكًا مبتدأ منه، أما ههنا أقر أن الشراء وقع على مال متقوم، وشراء ما هو مال متقوم شراء صحيح، فقد أقر بصحة الشراء، ثم أقر المقر له بالملك على وجه لا يحتمل البطلان، والإقرار بالملك لفلان بعد الإقرار بصحة الشراء إقرار منه بالتمليك من فلان، وتعلق به حق البائع، وهو أن تنقطع خصومة المشترى منه فى العيب، وبتكذيب المقر له إن بطل الإقرار فى حق المشترى لم يبطل فى حق البائع.

استشهد فى الكتاب، فقال: ألا يرى أن المشترى إذا قال: إنى بعت العبد من فلان، وإن فلانًا أعتقه بعد الشراء، وكذبه فلان، ثم وجد المشترى به عيبًا، لم يرده ولم يرجع بشىء[1]؛ لأنه أقر بالتمليك من فلان على وجه لا يحتمل النقض، وقد تعلق به حق البائع الأول من حيث البراءة من العيب، ولو بطل إقرار البائع الثانى فى حقه بتكذيب المقر له، لم يبطل فى حق البائع الأول، كذا ههنا.

ثم فرع على مسألة الاستشهاد، وقال: لو ادعى أنه باعه من فلان، ولم يذكر الإعتاق،

(١) وفى النسخة "م": ولم يرجع بنقصان العيب.

وكذبه المشترى الثانى، وحلف، وعزم البائع على ترك الخصومة، كان له أن يرده على البائع الأول؛ لأن العقد قد انفسخ فى حق المشترى الثانى بتكذيبه، وتوقف فى حق البائع الثانى على رضاه، فإذا عزم على الفسخ، تم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فعاد العبد إلى قديم ملك المشترى الأول، فكان له الرد بالعيب، وشرط عزم المشترى الأول على ترك الخصومة حتى يتم القبض[1] فى حقه، حتى لو وجد المشترى الأول بينة، فأقامها على البائع الثانى قبل العزم عليه ترك الخصومة [قضى القاضى فى حقه، ولو أقامها عليه بعد ما عزم على ترك الخصومة][2] لا يلتفت القاضى إلى ذلك، وهو نظير ما قال فى "الجامع الصغير": فى رجل ادعى على رجل أنه باع أمته، وجحد المشترى، وحلف، وعزم البائع على ترك الخصومة، كان له أن يطأها، والمعنى ما مر، ثم ما ذكر ههنا إشارة إلى أن عند العزم على ترك الخصومة][3] ينفسخ العقد من الأصل، ولم يجعل هذا إقالة فى حق البائع الأول، وإنما كان كذلك لأن القاضى ألزم المشترى الأول حكم الفسخ بغير رضاه، وما يلزم الإنسان من غير رضاه لا يمكن أن يجعل إقالة.

١٢٦٣٠- رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم أقر المشترى أن العبد مدبر لهذا الرجل، أو كانت أمة، فأقر المشترى أنها أم ولد لهذا الرجل أشتراهما وهما كذلك، أو حدث فيهما ذلك بعد الشراء، فكذبه المقر له بذلك، أو صدقه، ثم وجد المشترى به عيبًا، لا يرجع على البائع بشىء، وهذا والأول سواء فيما إذا صدقه المقر له فيهما، أو كذبه فى التدبير، والاستيلاد، وصدقه فى الملك، أو كذبه فى الكل، وزعم المقر أن المقر له فعل ذلك بعد الشراء، وإنما يخالف هذا الأول فيما إذا كذبه المقر له فى الكل، وزعم المقر أنه فعل ذلك قبل الشراء، فإنه قال فى الإعتاق: يرجع بنقصان العيب، وفى التدبير والاستيلاد لا يرجع.

والفرق أن فى مسألة الإعتاق[4] زعم أن شراءه وقع على الحر، ولم يثبت الملك له، فلم يجعل الإقرار من المشترى تمليكًا مبتدأً منه، ولم يتعلق به حق البائع، بل جعل المقر كالمنشئ للإعتاق، فيملك الرجوع بالنقصان، أما فى مسألة التدبير والاستيلاد المشترى اعترف بقيام المالية وقت الشراء؛ لأن المدبر وأم الولد مالان محلان للبيع، ولهذا جاز البيع فيهما بقضاء

---

(١) هكذا فى النسخة "ف"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و "م": يتم النقض.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: الاستيلاد بدلا من الإعتاق.

القاضى، ويجوز البيع فيما ضمّ إليهما، ويثبت الملك للمشترى، وصار مقرّاً بملك حادث للمقر له من جهة، وتعلق به حق البائع، وهو بطلان خصومة المشترى معه فى العيب، إلا أنه بإسناد التدبير والاستيلاد إلى ما قبل الشراء ادعى معارضًا مانعًا ثبوت الملك له بالشراء مع قيام المحلية، فلم يصدق فى دعواه الإسناد، وفيما يرجع إلى البائع، فلهذا لم يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٣١- ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى سمنًا ذائبًا، فأكله، ثم أقر البائع أنه قد كان وقع فيه الفأرة، وماتت، يرجع بنقصان العيب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وعليه الفتوى.

١٢٦٣٢- إذا اشترى شجرة، وقطعها، فوجدها لا تصلح إلا للحطب، يرجع بنقصان العيب، إلا أن يأخذها البائع مقطوعة فى هذا الموضع أيضًا، قالوا: هذا إذا اشترى لا لأجل الحطب، أما إذا اشتراها لأجل الحطب، لا يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٣٣- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": مسلم اشترى عصيرًا، وقبضه، وتخمّر فى يده، ثم اطلع على عيب به، لا يرده، ويرجع بنقصان العيب؛ لأن تعذر الرد كان بصنع، لا من جهة المشترى، فإن قال البائع: أنا آخذ الخمر بعينها، فليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد لحق الشرع؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء عقد جديد فى حق الثالث، وحرمة تمليك الخمر حق الشرع، فصار الرد بالعيب عقدًا جديدًا فى الشرع، فيمتنع فى الخمر، فعلم أن امتناع الرد لحق الشرع، فلا يسقط برضا العبد، فإن لم يخاصم فى العيب حتى صارت خلا، يرجع بنقصان العيب، ولا يرده بالعيب، إلا أن يقبله البائع؛ لأن العين وإن عاد مالا متقومًا، إلا أنه لم يعد حلوًا، والرغبات تختلف باختلاف الصفات، فلا يرده إلا أن يقبله البائع؛ لأن امتناع الرد لحق البائع، وقد رضى به البائع.

١٢٦٣٤- ولو أن نصرانيًا اشترى من نصرانى خمرًا، وتقابضا، ثم أسلما، ثم وجد المشترى بالخمر عيبًا، لا يرده بالعيب، وإن قبله البائع كذلك، ولكن يرجع بنقصان العيب، فإن لم يرجع بنقصان العيب، حتى صار الخمر خلا، لم يرده بالعيب، إلا أن يرجع البائع.

١٢٦٣٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": رجل اشترى الجوز، والبيض، فكسره، فوجده فاسدًا، فله أن يرده، ويأخذ الثمن كله، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: يريد به إذا وجده خاويًا، أو وجده منتن اللب، أو وجد البيض مذرة؛ لأنه تبين أن البيع لم يصح، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، أما إذا وجده قليل

اللب ، أو وجد لبه فاسداً ، أو لم يكن مكسراً ، فهو من باب البيع ، وليس من باب الفساد ، وقد تعذر الرد بسبب الكسر ، فيرجع بنقصان العيب ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ مكسوراً ، حتى لو وجده بهذه الصفة قبل الكسر ، كان له الرد بسبب العيب ؛ لأن الرد ممكن ، والمسألة على هذا التفسير مذكورة فى "المنتقى" ، وصورة ما ذكر ثمه إذا اشترى جوزا ، فكسره ، فوجده فاسداً ، لا ينتفع به ، فإنه يرده ، ويرد ما بقى ، ويأخذ الثمن كله ، وإن كان ما كسر ينتفع به ، وله ثمن ، بأن كان قليل اللب ، أو كان أسود اللب ، فإنه لا يرده ، ولا يرد ما بقى ، ولكنه يرجع بنقصان العيب فيما كسر ، قال ثمه : فهذا عيب ، والأول ليس بعيب [بل هو عدم ، وهذا إذا كسره][1] ، ولم يعلم بالعيب ، أما إذا كسره وهو عالم بعيبه ، صار راضياً ، فبطل حقه من كل وجه ، ثم ما ذكر فى الكتاب مستقيم فى البيض ؛ لأنه لا قيمة لقشره ، فإذا وجده فاسداً تبين أن المبيع لم يكن مالا ، فتبين أن البيع كان باطلا لعدم مصادفته محله ، فيرده ، ويرجع بجميع الثمن .

وفى الجوز أيضاً مستقيم إذا لم يكن للقشر قيمة ، أما إذا كان للقشر قيمة ، بأن كان فى موضع يعد للحطب ، ويستعمل قشر الجوز استعمال الحطب ، فوجده خاوياً ، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، منهم من قال : [يرجع بحصة اللب ، ويصح العقد فى القشر بحصته ؛ لأن العقد فى حق القشر صادف محله ، ومنهم من قال :][2] يرد القشر ، ويرجع بجميع الثمن ؛ لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر ، فإذا كان اللب لا يصلح للانتفاع به ، لم يكن محل للبيع موجوداً ، وإن كان للقشر قيمة ، فتبين أن العقد وقع باطلا ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى .

وإذا اشترى بيض نعامة ، فكسرها ، ووجدها مذرة ، ذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى فى "شرح الجامع الصغير" : أنه يرجع بنقصان العيب ، ولا يرجع بجميع الثمن ؛ لأنه ينتفع بقشرها ، فكونها مذرة يكون عيباً فيهما ، فيرجع بنقصان العيب ، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف ؛ لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه ، بخلاف قشر الجوز على قول بعض المشايخ ، وأما إذا كسر بيض النعامة ، فوجد فيها فرخا ميتاً ، اختلف فيه المتأخرون رحمهم الله تعالى ، منهم من قال : لا يجوز ؛ لأنه اشترى شيئين ، وأحدهما ميت ، فلا يجوز ، كما بعد الانفصال ، ومنهم من قال : يجوز ؛ لأن الميت فى معدنه ، ومثل هذا لا يمنع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

جواز البيع، كما إذا اشترى جارية، وفى بطنها ولد ميت، وأما إذا وجد البيض فاسداً، لم يذكر فى الكتاب، وحكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى أنه قال: إذا اشترى ألفًا، أو ألوفا من الجوز، فوجد فيها عشرة أو نحوها خاوية، لا يرجع بشىء؛ لأن الكثير من الجوز لا يخلو عن مثل هذا فى العرف والعادة، وهو نظير التراب فى الحنطة، ثم إنه جعل العشرة قليلا فى الألف والألوف جميعًا، وما زاد على ذلك فى حد الكثير، ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: الواحد فى كل مائة قليل، حتى لو كان ألفًا، فالعشرة فيها عفو، وما زاد على ذلك كثير.

وأما البيض فقد حكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى أيضًا: أنه قال: إذا اشترى مائة بيضة، فوجد فيها واحدة، أو اثنين، أو ثلاثة مذرة، لا يكون له أن يرجع بشىء، وجعل الثلاثة فى المائة قليلا.

وأما إذا اشترى عشرة من الجوز، فوجد فيها خمسة خاوية، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يجوز العقد فى الخمسة التى فيها لب بنصف الثمن بالإجماع، وقال بعضهم: يفسد البيع فى الكل بالإجماع، وقال بعضهم: العقد يفسد فى الكل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأنه جمع فى العقد بين ما له قيمة، وبين ما لا قيمة له، فصار كالخمر والميتة، وعندهما يصح العقد فى الخمسة التى فيها لب بنصف الثمن، وهو الأصح؛ لأن هذا بمنزلة الثمن المتصل عندهما، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء، لا على القيمة، وكذلك إذا اشترى بطيخًا، فكسرها، فوجدها منتنًا، لا يصلح لأكل أحد من الناس، ولا لعلف الدواب، فإنه يرجع بجميع الثمن، فإن كان يصلح لعلف الدواب، أو كان قشره يصلح لعلف الدواب، فهذا من باب العيب، فيرجع بنقصان العيب، لتعذر الرد بسبب الكسر، وكذلك الدباء، فإذا اشتراه، فوجده مرًا، إن كان يصلح لعلف الدواب، أو يتكلف بعض الناس لأكله، فهذا من باب العيب، وإن كان لايصلح، لا لأكل أحد من الناس، ولا لعلف الدواب، فالعقد باطل، وعلى هذا القثاء، والقند إذا وجده مرًا بعد ما كسر، وعلى هذا حكم الثمار وغيره من الفواكه.

١٢٦٣٦- وفى "المنتقى": إذا اشترى بطيخًا بدرهم عدداً، وكسر واحداً بعد القبض، فوجده فاسداً لا ينتفع به، فله أن يرجع بحصتها، ولا يرد غيرها، قال: وليس البطيخ فى هذا كالجوز، يريد به أن فى الجوز إذا وجد بعضه فاسداً، رد كله، قال: واللوز والفستق والبندق والبيض نظير الجوز، والرمان، والسفرجل، والقثا، والخيار نظير البطيخ.

١٢٦٣٧- وفى "المنتقى" : اشترى دابة، وقبضها، فسرقت من يده، ثم علم بها عيبًا، فليس له أن يرجع بنقصان العيب، رواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٢٦٣٨- وفيه أيضًا : اشترى ثوبًا، وقطعه لابن صغير له ثوبًا، وخاطه، فوجد به عيبًا، فليس له أن يرجع بنقصان العيب، ولو كان الابن كبيرًا، يرجع ؛ لأن فى الوجه الأول الهبة تمت بالقطع، ولم يمتنع الرد فى حال لم يكن الرد ممتنعًا بالقطع، فإن البائع لو رضى به يجوز، فكان الهبة فى حال لم يكن الرد ممتنعًا، فيبطل بها حق الرد، وهو الأصل، فيبطل الخلف، وهو الرجوع بنقصان العيب، أما فى الوجه الثانى الهبة إنما تتم بالتسليم وبالخياطة امتنع الرد، فالهبة وقعت فى حال كان حق الرد باطلا، ويثبت حق الرجوع بنقصان العيب، وكذلك لو قطع لمملوكه، أو لأم ولده، فله أن يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٣٩- وفى "فتاوى الفضلى" : اشترى بعيرًا، وقبضه، فلما أدخله داره سقط، فذبحه إنسان، فنظروا إلى أمعاءه فوجدوها فاسدة فسادًا قديمًا، ينظر إن ذبحه الذابح بغير أمر المشترى لم يرجع المشترى على البائع بالنقصان؛ لأن الذابح يضمن القيمة.

وإن ذبحه بأمر المشترى يرجع المشترى عند أبى يوسف ومحمد بمنزلة ما لو اشترى طعامًا، فأكله، ثم وجد به عيبًا، فإنه يرجع بالنقصان.

١٢٦٤٠- وإذا اشترى جملا، وظهر به عيب، فوقع فانكسر عنقه، فنحره ليس له أن يرجع على البائع بشىء؛ لأن النحر حصل بعد العلم بالعيب، وذلك يمنع الرجوع بالنقصان.

رجلان لكل واحد منهما بعير، فتبايعا وتقابضا، ثم وجد أحدهما عيبًا فى البعير الذى اشتراه، فمات فى يده، وقد مرض بعير الآخر، فله الخيار إن شاء رجع بحصة العيب من البعير الآخر، وإن شاء رجع بحصة العيب من قيمة البعير الآخر صحيحًا، وإنما نحر لمرض البعير الآخر.

١٢٦٤١- ولو اشترى عبدًا لجارية وتقابضا، فوطئ المشترى الجارية، ثم رآى صاحب العبد، فلم يرضَه، أو وجد به عيبًا، فرده يخير إن شاء أخذ الجارية، ولا يضمنه النقصان إن كان بكرًا، ولا بعقر إن كان ثيّبًا؛ لأن الوطء حصل فى ملك المشترى الواطئ.

نوع آخر منه فى دعوى العيب والخصومة فيه وإقامة البينة عليه:

١٢٦٤٢- يجب أن يعلم بأن العيب نوعان: ظاهر يعرفه القاضى بالمشاهدة والعيان كالقرون والعمى ونحوها.

وحديث لا يحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كأثر الجدرى، وما أشبه ذلك، وحادث يحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالجراحات، وما أشبهها، وحادث لا يحتمل التقدم على مدة البيع.

وأما الباطن: فنوعان: نوع يعرف بآثار قائمة كالثيابة والحبل والداء فى موضع لا يطلع عليه الرجال.

ونوع لا يعرف بآثار قائمة كالسرقة والإباق والجنون، فإن كان الدعوى فى عيب ظاهر يعرفه القاضى بالمشاهدة ينظر إليه، فإن وجده سمع الخصومة، وما لا فلا.

ثم إذا سمع الخصومة، فإن كان العيب قديمًا أو حادثًا لا يحدث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كان للمشترى أن يرده؛ لأن عرض قيامه للحال بالمعاينة، وتيقنا لوجوده عند البائع إذا كان لا يحدث مثله أو لا يحدث فى مثل هذه المدة، فرده المشترى إلا أن يدعى البائع سقوط حق المشترى فى الرد بالرضا أو غيره، ويكون القول قول المشترى فيه مع يمينه، ثم عند طلب البائع يمين المشترى يحلف المشترى باتفاق الروايات.

وعند عدم طلبه هل يحلف المشترى: عامة المشايخ على أنه لا يحلف فى ظاهر الرواية، ورأيت فى "المنتقى" رواية عن أبى يوسف: أن المشترى إذا أراد الرد بعيب لا يحدث مثله يحلف بالله ما علم بالعيب حين اشتراه ولا رضى به منذ علم، ولا عرض على بيع.

قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا أحلف المشترى حتى يدعى ذلك البائع، قال: وأحب إلى أن أستحلفه، وإن لم يدع البائع ذلك.

وعن أبى حنيفة رحمه الله رواية أخرى أن المشترى لا يحلف على ذلك من غير فصل، ثم كيف يحلف المشترى؟ أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقك فى الرد بالعيب من الوجه الذى يدعيه لا نصًا ولا دلالة، وهو الصحيح.

وإن كان عيبًا يحتمل الحدوث فى مثل هذه المدة، ويحتمل التقدم عليه، أو كان مشكلا، فالقاضى يسأل البائع أكان به هذا العيب فى يده، فإن قال: نعم، كان للمشترى حق الرد إلا أن يدعى البائع سقوط حق المشترى فى الرد، ثبت ذلك بنكوله، أو بالبينة، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن للمشترى بينة على كونه هذا العيب عند البائع، ثم كيف يحلف للبائع؟

ذكر فى الأقضية فى موضع يحلف بالله لقد بعته، وما به هذا العيب، وهذا لايكاد يصح لجواز أنه حدث به هذا العيب بعد البيع قبل التسليم، وأنه يكفى لثبوت حق الرد.

وذكر فى موضع آخر منه: أنه يحلف بالله لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب.

وهكذا ذكر محمد فى "الجامع" والقدورى فى "كتابه": وهذا لا يكاد يصح أيضًا الجواز أن العيب حدث بعد البيع قبل التسليم، وأنه يكفى للرد، فمتى حلفنا عليهما كان البائع بارًا فى يمينه لو كان العيب حادثًا بعد البيع قبل التسليم، فيبطل حق المشترى فى الرد.

وذكر فى كتاب الاستحلاف: أنه يحلف بالله لقد سلمته بحكم هذا البيع، وما به هذا العيب، وهذا لا يكاد يصح أيضًا لجواز أنه كان إلا أن المشترى أضربه، أو أبرأه عنه.

فالاعتماد على ما روى بشر عن أبى يوسف أنه يحلف بالله ما لهذا المشترى قبلك حق الرد بالعيب الذى يدعيه، وهذا تحليف على الحاصل، وأنه موافق لمذهب محمد فى كثير من المسائل على ما يأتى بيانه فى موضعه إن شاء الله تعالى.

١٢٦٤٣- وإن كان عيبًا لا يحتمل التقدم على مدة البيع، فالقاضى لا يرده على البائع؛ لأنه تيقن بانعدامه فى يده، وأما إذا كان العيب باطنًا، فإن كان يعرف بآثار قائمة فى البدن، وكان ذلك فى موضع يطلع عليه الرجال، فإن كان للقاضى بصارة بمعرفة الأمراض ينظر بنفسه فى ذلك، وإن لم يكن له بصارة فى ذلك يسأل عمن له بصارة فى ذلك، ويعتمد على قول مسلمَين عدلَين، وهذا أحوط، والواحد يكفى، فإذا أخبره واحد مسلم عدل بذلك يثبت العيب بقوله فى حق لوجه بخصومة، فيحلف البائع لا يرد بقول: هذا الواحد هكذا، ذكر بعض المشايخ فى "شرح الجامع الصغير"، وفى "شرح أدب القاضى" للخصاف.

وذكر بعض المشايخ فى "شرح المبسوط": أنه ما لم يتفق اثنان عدلان من الأطباء لا يثبت العيب فى حق لوجه الخصومة، فبعد ذلك ينظر إن كان هذا العيب مما يحتمل بحدوث فى مثل هذه المدة عرف ذلك بقول الواحد، أو المثنى، أو أشكل عليهما ذلك.

واختلفوا فيما بينهم، فإنه لا يرد على البائع، بل يحلف، وإن كان هذا العيب لا يحتمل الحدوث فى مثل هذه المدة، إن عرف وجوده بقول الواحد: لا يرد، ويحلف البائع، وإن عرف وجوده بقول المثنى، ذكر فى الأقضية، وفى القدورى: أنه يرد بقولهما، وهكذا ذكر بعض المشايخ فى "شرح الجامع".

وعن أبى يوسف: أنه لا يرد بقول المثنى، ويحلف البائع؛ لأنهم لا يشهدون عن حقيقة الأمر، وإنما يشهدون عن ظن، وأنه لا يصلح حجة للرد.

وفى "أدب القاضى" للخصاف: إن قبل القبض يرد بقول المثنى، وبعد القبض يحلف البائع.

١٢٦٤٤- وإن كان عيبًا لا يطلع عليه إلا النساء كالحبل وما أشبه ذلك، فالقاضي يريها النساء الواحدة العدلة تكفى، والثنتان أحوط، فإذا قالت واحدة عدل : إنها حبلى، وقالت ثنتان ذلك : يثبت العيب فى توجه بخصومة، فبعد ذلك إن قالت، أو قالتا، إن حدث فى مدة البيع لا يرد على البائع، ولكن حلف البائع، فإن نكل الآن يرد عليه، وإن قالت أو قالتا، كان ذلك عند البائع إن كان ذلك بعد القبض لا يرد، ولكن يحلف البائع ؛ لأن شهادة النساء حجة ضعيفة، والعقد بعد القبض قوى، ولا يجوز فسخ العقد القوى بحجة ضعيفة، وإن كان ذلك قبل القبض.

وكذلك لا يرد بقول الواحدة، وهل يرد بقول المثنى، ذكر بعض مشايخنا أن على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يرد على قياس قولهما يرد.

وذكر الخصاف فى "أدب القاضى" : أنه لا يرد فى ظاهر رواية أصحابنا، وفى القدورى : أنه لا يرد فى المشهور من قول أبى يوسف ومحمد؛ لأن ثبوت العيب بشهادتهنّ أمر ضرورى، ومن ضرورة ثبوت العيب توجه بخصومة.

أما ليس من ضرورة الرد، فيحلف البائع، فإذا نكل فقد تأيدت شهادتهن بنكوله، فيثبت الرد.

ذكر الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله مطلقًا : أنه يثبت الرد بشهادتهن ؛ لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلع عليه الرجال.

وعن محمد فى رواية ابن سماعة مطلقًا : أنه يثبت الرد بشهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال إلا فى الحبل؛ لأن معرفة الحبل غير ممكن؛ لأن الحبل من جملة ما تولى الله علمه بنفسه، أما معرفة ما سوى الحبل حقيقة ممكن بالنظر إليه، فجاز الرد بشهادتهن.

وفى "النوادر" : عن أبى يوسف إن قبل القبض يثبت الرد بشهادتهن، بخلاف ما بعد القبض.

والفرق أن شهادة النساء إن كانت حجة ضعيفة إلا أن العقد قبل القبض ضعيف أيضًا، ولهذا ملك المشترى الرد بالعيب قبل القبض من غير قضاء، ولا رضاء، ويجوز فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة، بخلاف ما بعد القبض.

١٢٦٤٥- وفى "المنتقى" : ابن سماعة عن أبى يوسف : اشترى جارية فقبضها، وادعى أنها رتقاء أرينها النساء، فإن قلن : رتقاء، رددنها على البائع، وكذلك إذا ادعى أن بها كية قديمة فى موضع لا ينظر إليه إلا النساء، قال : وأرد فى مثل هذا بقول امرأة واحدة، قال ثمه :

وحكى عن محمد بن الحسن مثل ذلك .

١٢٦٤٦- فى "نوادر ابن سماعة" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل اشترى جارية ، وادعى أنها حبلى ، وأراد ردها بعد يوم ، أو يومين ، أو ثلاثة ، فإن القاضى يحلف البائع البتة[1] بالله لقد بعتها وما بها حبل البتة[2] ، وإن قال المشترى للقاضى : حلفه ما يعلم أن بها حبلا ، فالقاضى يحلفه ، فإن حلف على ذلك لايحلف البتة ، حتى يشهد نساء أنها حامل ، فإذا شهدن بذلك حلف على ذلك البتة على نحو ما ذكرنا ، فإن لم يحلف على العلم ، حلف البتة بالله لقد باعها وما بها حبل .

وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى : اشترى جارية ، وادعى أنها حبلى ، وأحضر امرأة عدلة شهدت بذلك ، قال : أقبل شهادتها على أن أستحلف البائع بالله لقد باعها وقبضها المشترى وماهى يومئذٍ بحامل ، فإذا لم تشهد المرأة ، قلت للبائع : أهى حامل عند الساعة ، فإن لم يقر ، قلت : احلف ما هى عندك الساعة حامل .

١٢٦٤٧- وعن ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى : أن من اشترى من آخر جارية ، وادعى أنها خنثى ، يحلف البائع على ذلك ؛ لأن هذا من جملة ما لا يطلع عليه الرجل والمرأة ، فتعذر معرفة ما وقع فيه الدعوى من جهة غيرهما ، فيعتبر الدعوى والإنكار .

والجواب فى دعوى الاستحاضة فى حق حكم الرجوع إلى النساء لتوجه الخصومة ، وفى الرد بشهادتهن قبل القبض وبعده كالجواب فى دعوى الحبل على الوجه الذى ذكرنا ، كذا ذكر فى كتاب الاستحلاف ، ولكن إذا شهد الرجال على الاستحاضة ، قبلت شهادتهم ؛ لأن درور الدم يراه الرجال ، فجاز أن يثبت بشهادتهم ، وأما إذا ادعى المشترى انقطاع حيضها ، وأراد ردها بهذا السبب ، لايوجد بهذا رواية فى المشاهير ، وحكى عن الإمام أبى محمد الكوفى رحمه الله تعالى : أنه قال : يسأل المشترى أولا عن مقدار مدة الانقطاع ، فإن ادعى الانقطاع فى مدة يسيرة ، لا يلتفت إلى دعواه ، فإن الانقطاع فى مدة يسيرة لا يعد عيبًا ، وإن ادعى الانقطاع فى مدة كثيرة ، سمعت دعواه ؛ لأن الناس يعدونه عيبًا ، فحينئذٍ يسأل القاضى[3] أهى كما ادعاه المشترى ، فإن قال : نعم ، سأله : أكانت منقطعة الحيض عنده ، فإن قال : نعم ، ردها بإقراره

---

(١) لفظ البتة غير موجود فى النسخ البواقى التى عندنا .

(٢) لفظ البتة غير موجود فى النسخ البواقى التى عندنا .

(٣) هكذا فى النسخة "م" ، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا : البائع .

عليه، وإن قال : هي كذلك للحال، ولكن ما كانت منقطعة الحيض عنده، وإنما حدث هذا العيب في يد المشتري، توجهت الخصومة على البائع، لتصادقهما على قيام العيب للحال، فإن طلب المشتري يمين البائع، يحلف البائع على ذلك، وكيفية الاستحلاف فيه كما في دعوى سائر العيوب، فإن حلف، برئ، وإن نكل يرد عليه؛ لأن نكوله بمنزلة إقراره، وأنه حجة ملزمة، فإن شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع، لا تقبل شهادتهم، بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة، والفرق أن الاستحاضة درور الدم، وإنه مما يوقف عليه، أما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبًا لا يقف عليه الشهود، فقد تيقن القاضي بكذبهم، فلا يقبل شهادتهم، وإن أنكر البائع انقطاع حيضها للحال، هل يستحلف البائع على ذلك؟ على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : لا يستحلف، وعلى قولهما : يستحلف، بعد هذا يحتاج إلى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة، قالوا : ويجب أن تكون هذه المسألة نظير مسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض، وفي تلك المسألة الروايات مختلفة، فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه قدر الكثير بثلاثة أشهر، وعن محمد رحمه الله تعالى : أنه قدر الكثير بأربعة أشهر وعشر، ثم رجع، وقدر الكثير بشهرين وخمسة أيام، وعن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى : أنهما كانا يقدران الكثير بسنتين، وإذا عرفت المدة الكثيرة، فما دون ذلك يكون يسيرًا، والكثير يكون عيبًا دون اليسير[1]، فإن كان القاضي مجتهدًا، كان له أن يقضي بماأدى إليه اجتهاده من هذه الأقاويل، وإن لم يكن مجتهدًا، يأخذ بالمدة التي اتفق عليها أصحابنا رحمهم الله تعالى أنهاكثيرة، وهي ثنتان حتى لا يكون خروجًا عن أقاويلهم، وإذا ادعى الانقطاع في مدة كثيرة، ينبغي أن يدعي الانقطاع بأحد الشيئين، إما بالداء، أو بالحبل حتى يسمع دعواه.

١٢٦٤٨ - والدليل عليه ما ذكر في "فتاوى الفضلي" : إذا اشترى جارية، وهي طاهرة، فامتد طهرها ولم تحض من غير ظهور الحبل بها، ليس له أن يردها على بائعه ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل أو بالداء؛ لأن الانتفاع بدون هذين الشيئين لايعد عيبًا، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، والمرجع في الداء إلى قول الأطباء.

وإذا أخبرت امرأة واحدة بالحبل، أو طبيبان بالداء، فتمام المسألة على ما كتبنا قبل هذا، وقال : يعتبر في ذلك أقصى ما ينتهي إليه ابتداء حيض النساء عادة، وذلك تسعة عشر سنة.

عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : ذكر الصدر الشهيد في بيوع "الجامع الصغير" وفي

(١) هكذا في "م"، وكان في النسخ الباقية التي عندنا : والكثير عيب دون اليسير.

دعوى الحبل لو قالت امرأة واحدة أن بالجارية حبلا، وقالت امرأتان أو ثلاثة: ليس بها حبل، يتوجه الخصومة على[1] البائع بقول تلك المرأة، ولايعارضها قول المرأتين والثلاث فى أنه ليس بها حبل، فإن قال البائع للقاضى: المرأة التى تقول: إنها حامل جاهلة لا ينبغى للقاضى أن يختار لذلك امرأة عالمة.

بقى ههنا فصل آخر لا بد من معرفته أن الاستحاضة وانقطاع الدم والحبل هل يثبت بقول الجارية، وقد ذكر فى كتاب الاستخلاف[2] ما يدل على أنه لا يثبت، فقد ذكر ثمه: أن من اشترى أمة، وادعى أن بها حبلا، أو استحاضة، فالقاضى لايجعل بين البائع وبين المشترى خصومة حتى تشهد امرأة أو امرأتان أن بها حبلا، أو استحاضة، وبهذا تبين أن ما ذكره الصدر الشهيد فى "الجامع الصغير": أنه لايقف عليها غيرها غير مستقيم[3]، وأن الطريق إقرار البائع، أو شهادة المرأة فى الاستحاضة والحبل، وفى الانقطاع إقرار البائع.

١٢٦٤٩- وأما إذا كان العيب باطنًا لا يعرف بآثار قائمة بالبدن، نحو الإباق، والجنون، والسرقة، والبول فى الفراش، فإنه يحتاج إلى إثباته [فى الحال؛ لأنه لايعرف عيانًا، وطريق معرفة ثبوته على ما ذكره محمد فى "الجامع": أن القاضى يسأل البائع][4] أن هذا العيب فى الحال، قال: إنما يسأل البائع عن ذلك إذا صح دعوى المشترى، وإنما يصح دعوى المشترى إذا ادعى أن هذه العيوب كانت فى يد البائع، وقد وجدت فى يد المشترى، إلا أن فى الجنون يصح دعوى المشترى إذا ادعى هذا القدر، وفى الإباق والسرقة والبول فى الفراش لا بد لصحة الدعوى من زيادة شىء، وهو أن يقول المشترى: هذه العيوب كانت فى يد البائع، وقد وجدت فى يد المشترى، والحالة واحدة، وتعنى باتحاد الحالة أن يكون وجودها فى يد البائع وفى يد المشترى قبل البلوغ أو بعده، أما لو كانت فى يد البائع قبل البلوغ، ووجدت فى يد المشترى بعد البلوغ، فهذا لا يكفى لصحة الدعوى، ولسؤال البائع.

١٢٦٥٠- وفى الجنون سواء كان الجنون فى يد البائع والمشترى قبل البلوغ، أو كان فى أيديهما بعد البلوغ، أو كان فى يد البائع قبل البلوغ، وفى يد المشترى بعد البلوغ، فهذا يكفى

---

(١) وفى النسخة "ظ": إلى.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: الاستحاضة.

(٣) هكذا فى النسخة "ف"، وكان فى "ظ": لا يقف عليها غير مستقيم.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

لصحة الدعوى ولسؤال البائع ، وهذا لأن الجنون عيب واحد ؛ لأن سببه واحد ، وهو آفة يحل بالدماغ ، ففى أى حالة وجد فى يد المشترى ، فهو عين ما كان فى يد البائع .

١٢٦٥١ - أما فى الإباق وأشباهه يختلف العيب باختلاف الحالة لاختلاف السبب ، فسبب الإباق والسرقة فى حال الصغر قلة العقل وبعد البلوغ سببه قلة المبالاة ، وسبب البول فى الفراش قبل البلوغ ضعف المثانة ، وبعد البلوغ داء فى الباطن ، وإذا اختلف سبب العيب باختلاف الحالة ، يختلف العيب ، واختلاف العيب يمنع الرد ، ثم إذا صح دعوى المشترى ، فالقاضى يسأل البائع إنما هذا العيب للحال ، فإذا أقر به ثبت العيب فى حق توجه الخصومة ، فيسأل أكان هذا العيب بها عندك ، فإن أنكر ، يحلف على البتات ، وإذا أنكر البائع قيام هذا العيب للحال ، فإن أقام المشترى بينة على ذلك ، ثبت قيام العيب للحال ، وتوجهت الخصومة على البائع فى أن هذا العيب هل كان بها فى يده ، وإن لم يكن للمشترى بينة على ذلك ، فطلب من القاضى أن يحلف البائع بالله ما يعلم قيام العيب به فى الحال ، كذا ذكر فى "الجامع الكبير" : أنه يحلفه ، ونسب الجواب إلى أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، فإنه قال : قال يعقوب ومحمد أنه يحلف ، ولم يذكر قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه .

من مشايخنا من قال : ما ذكر فى الجواب قول الكل ، إلا أنه لم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، لا لأن قوله يخالف قولهما ، بل لأنه لم يحفظ قوله ، وحكى القاضى أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة أن المسألة على الخلاف ، على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : لا يحلف ، وحكى عن الفقيه أبى إسحاق الحافظ رحمه الله تعالى : أنه قال : وجدت فى كتاب الاستحلاف لمحمد بن سلمة أن المسألة على الخلاف ، فوجه قولهما : إنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، فعند الإنكار يستحلف ، كما فى سائر الدعاوى ، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن اليمين شرع لرفع الخصومة [المتحققة لا لإنشاءها ، ومتى استحلف البائع ههنا ، لا ينقطع الخصومة بينهما ، بل تتحقق بينهما خصومة أخرى][1] ، فإنه لو نكل عن اليمين ، يتحقق العيب للحال ، ويستحلف البائع مرة أخرى ، ولا كذلك سائر الدعاوى .

وفى "المبسوط" : فى "أدب القاضى" للخصاف : جعل طريق معرفة ثبوت هذه العيوب للحال البينة ، فقال : لا يثبت للمشترى حق الخصومة مع البائع ما لم تقم بينة على وجود هذه العيوب فى يد نفسه ، فإن لم تكن له بينة ، وطلب يمين البائع ، فهذا على الاختلاف الذى مر .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

وإذا ثبت وجود هذه العيوب فى يد المشترى، وأنكر البائع كونها عنده، ولم يكن للمشترى بينة، واحتيج إلى تحليف البائع كيف يحلف البائع، فعلى رواية بشر بن الوليد يحلف بالله ما لهذا قبلك حق الرد بالعيب[1] الذى يدعيه.

وذكر فى الأقضية: فى الجنون يحلف بالله ما جن عندك قط، وفى الإباق والسرقة يحلف بالله ما سرق وما أبق، وما بال فى الفراش عندك منذ بلغ مبلغ الرجال، وهذا بناء على ما قلنا أن الجنون لا يختلف باختلاف الحالة، وما عداه من السرقة والإباق والبول فى الفراش يختلف باختلاف الحالة، واتحاد العيب شرط ثبوت حق الرد، ثم إذا حلفنا البائع، فإن حلف برئ عن دعوى المشترى، وإن نكل يرد عليه بنكوله، ولا يحلف المشترى على الرضا من غير دعوى البائع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقد مر هذا.

ثم إذا ادعى البائع ذلك، كيف يحلف المشتري؟ أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقك فى الرد من الوجه الذى يدعيه البائع، لا صريحًا ولا دلالة، وقال أبو بكر الرازى: يحلف بالله أنك محق فى ردك العبد على البائع، فقيل له: إن الاستحلاف مشروع على النفى، وهذا استحلاف على الإثبات، فقال: الاستحلاف قد شرع على الإثبات أيضًا، فإن المودع إذا ادعى الرد، وهلاك الوديعة، فإنه يستحلف على الرد وعلى الهلاك، وهذا استحلاف على الإثبات.

١٢٦٥٢ - قال فى كتاب الأقضية: إذا اشترى جارية، وطعن المشترى بشجة كانت بها عند البائع، وحلف القاضى البائع، فنكل، فردها المشترى عليه، فادعى البائع بعد ذلك أنها حبلت فى يد المشترى، وهى حبلى فى هذه الساعة، فالقاضى يسأل المشترى عن ذلك، فإن قال المشترى: ما لى بها علم، فالقاضى يريها النساء، فإن قلن: هى حبلى، لا يثبت الرد بقولهن، ولكن تتوجه الخصومة على المشترى، فيحلف القاضى المشترى بالله ما حدث هذا الحبل عندك؟ فإن حلف فلا شىء عليه، والرد ماضٍ على حاله كما كان، وإن نكل ثبت ما ادعاه البائع، فيردها على المشترى؛ لأن رد المشترى على البائع لم يصح، هذا لأنه ردها مع عيب زائد، وفيه ضرر على البائع، فكان للبائع أن يدفع ذلك الضرر عن نفسه، بأن يرد الجارية على المشترى، ولكن إنما يردها على المشترى مع نقصان عيب الشجة؛ لأنه تعذر الرد بعيب الشجة، فيلزم البائع نقصان عيب الشجة، فإن قال البائع للقاضى: أنا أمسك الجارية مع الحبل، ولا أضمن نقصان عيب الشجة، كان له ذلك؛ لأن حق الرد إنما يثبت للبائع ههنا دفعًا

---

(١) وفى "ف" و"م": بالسبب بدلا من بالعيب.

للضرر عنه بالرد عليه بعيب زائد، فإذا اختار إمساك الجارية، فقد أسقط حق نفسه، ورضى بذلك الضرر، فكان له ذلك، ولا يلزمه نقصان الشجة هنا، وإنه ظاهر، ولو أن القاضى حين سأل المشترى عن الحبل، قال المشترى: إن هذا الحبل كان عند البائع، ولم أعلم به، سمع دعواه؛ لأن الحبل عسى لا يظهر إلا بعد مدة، فيحتمل وجوده عند البائع، وإن لم يظهر إلا فى هذا الوقت، فصار المشترى بدعوى وجود هذا الحبل عند البائع مقرًا بوجوده عنده، لكن لم يثبت وجوده عند البائع؛ لأن قول المشترى ليس بحجة على البائع إن كان حجة على نفسه، فيحلف البائع، فإن حلف لم يثبت وجوده عند البائع، وقد أقر المشترى بوجوده عنده، فكان للبائع أن يرد الجارية عليه، ويرد معها نقصان عيب الشجة، وإن نكل عن اليمين، ظهر أن هذا العيب كان عند البائع، وظهر أن هذا الرد كان صحيحًا.

قال: ولو كان القاضى حين قضى برد الجارية على البائع بعيب الشجة، فقبل أن يرد المشترى الجارية على البائع قال البائع: إنها حبلى، وهذا حبل حدث عند المشترى، وقال المشترى: لا، بل كان عند البائع، فالقاضى لا يعجل فى الرد، ويحلف البائع على ما ادعى المشترى عليه أنه حدث عنده، ولا يمين على المشترى هنا، بخلاف الفصل الأول، فإن هناك يحلف المشترى، والفرق من وجهين: أحدهما[1]: أن فى تلك المسألة الرد قد تمّ، والبائع يرد نقض ذلك الرد، وردها على المشترى ثانيًا، والمشترى ينكر، فلا يمكن البائع ذلك بيمين نفسه، فيكون اليمين على المشترى، وهنا الرد لم يتم بعد ذلك، فيجعل فى الحكم كأن القاضى لم يقض بالرد، فكان المشترى مدعيًا الرد على البائع، والبائع ينكر، فكان القول قول البائع مع يمينه، لكن هذا الفرق يشكل بالوجه الثانى، فإن فى الوجه الثانى الرد قد تم، والبائع يريد نقض ذلك الرد، مع هذا يحلف البائع، وإنما الفرق الصحيح[2] أن يقال: بأن فى الفصل الأول المشترى منكر وجود الحبل عنده، فيحلف على ذلك، وههنا مقر بوجود الحبل عنده، حيث أقر لوجوده عند البائع، فلا يحلف المشترى على وجود الحبل عنده، وهو مقر بذلك، ولكن المشترى ادعى أن هذا الحبل الموجود فى يده كان عند البائع، والبائع ينكر، فيحلف البائع كما فى الوجه الثانى.

١٢٦٥٣- قال محمد رحمه الله تعالى: رجل باع نصف عبد له من رجل بخمسين

---

(١) هكذا فى "م".

(٢) وفى "م": الفرق الثانى.

دينارًا، وباعه النصف الآخر بمائة دينار، ثم إن المشترى وجد العبد أعور، فقال البائع : حدث عندك أيها المشترى، وقال المشترى للبائع : كان عندك، فالقول قول البائع، وعلى المشترى البينة، وإن لم يكن للمشترى بينة، يحلف البائع، ويقال للمشترى : إن يخاصم البائع فى النصف الأول، أو فى النصف الثانى، أو فيهما؛ لأن كل واحد من النصفين معقود عليه بإيراد العقد عليه على حدة، واختلاف الأسباب ينزل منزلة[1] اختلاف الأعيان، ولو كانا عينين، كان له أن يخاصم فى أيهما شاء، وإن شاء خاصم فيهما، كذا ههنا، فإن قال : أنا أخاصم فى النصف الآخر، وأقف فى النصف الأول لأتأمل، أكان العيب عنده أم لا، كان له ذلك، ويستحلف البائع على النصف الآخر، فإن نكل، رد ذلك على البائع، وإن حلف لزم المشترى.

١٢٦٥٤- وإذا حلف البائع، ثم إن المشترى خاصم من بعد فى النصف الأول، فأراد أن يستحلفه، فقال البائع : لما حلفت أنه لا عور به عند البيع الثانى، كان ذلك منى حلفًا أنه لا عور به عند البيع الأول بطريق الضرورة، فلا أحلف مرة أخرى، لايلتفت إلى ذلك؛ لأن هذه اليمين فى النصف سبقت الخصومة، فلا يعتبر، ألا ترى بأنه لو حلف المدعى عليه بعد الخصومة قبل المدعى، لا يعتبر يمينه، فهذا أولى، وكان الفقه فى ذلك؟ أن اليمين أحد نوعى الحجة للمدعى كالبينة[2]، ثم إن البينة لا تعتبر قبل وجود الدعوى، فكذا اليمين، ثم إذا حلف فى النصف الأول، فإن حلف، لم يرد عليه بشىء، وإن نكل عن هذه اليمين، لزمه النصف الأول، فإن قال المشترى : إن العيب واحد، وقد ثبت بنكوله، فأرد عليه النصف الآخر، لايلتفت إلى ذلك، وهذا لا يشكل على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن عنده النكول بدل، وبدل النسخ فى أحد النصفين لا يكون بدلا للفسخ فى النصف الآخر، وإنما يشكل عندهما؛ لأن عندهما النكول إقرار.

١٢٦٥٥- ولو أقر البائع بالعيب يوم باع النصف الأول، كان للمشترى أن يرد عليه النصفان، ولكن الوجه فى هذا أن يقال : بأن الإقرار حجة مطلقة فى حق المقر، فإذا ثبت العيب بإقراره فى النصف الأول، ثبت فى النصف الثانى، إذ يستحيل أن يكون العيب قائمًا بأحد النصفين شائعًا، ولا يكون قائمًا فى النصف الآخر، فأما النكول ليس بإقرار حقيقة،

---

(١) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ" : معرفة.

(٢) وفى "م" : لعجزه عن البينة بدلا من للمدعى كالبينة.

ولكن جعل إقراراً ضرورة قطع الخصومة، فيعتبر إقراراً فى محل الخصومة، ومحل الخصومة ههنا النصف الأول، دون الثانى، وكذلك لو خاصم المشترى فى النصف الأول قبل أن يخاصمه فى النصف الثانى، فنكل البائع عن اليمين، فرد عليه النصف الأول، ثم أراد رد النصف الثانى بذلك النكول، لم يكن له ذلك حتى يخاصمه فيه خصومة مستقبلة لما قلنا، فلا نعيد، وإن أراد المشترى أن يخاصم فى النصفين جميعًا، يحلف البائع فيهما يمينًا واحدًا؛ لأن الدعوى إذا اجتمعت بوجهين واحد على واحد، والجنس متحد يكفى بيمين واحدة، أصله حديث القسامة، ألا ترى أن من ادعى أموالا مختلفة على رجل، فطلب يمينه فى الكل، يحلف يمينًا واحدًا، فكذا ههنا يمينًا واحدًا بالله لقد باعه النصف الأول، وسلمه إليه ومابه هذا العيب، وباعه النصف الثانى، وسلمه إليه وما به هذا العيب، فإن حلف فيهما، برئ عنهما، وإن نكل فيهما، لزماه، وإن حلف فى أحدهما، ونكل فى الآخر، لزمه ما نكل فيه، وبرئ عما حلف فيه.

١٢٦٥٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" أيضًا: رجلان باعا من رجل عبدًا صفقة واحدة، أو صفقتين، فمات أحد البائعين وورثه البائع الآخر، ثم طعن فى الشراء بعيب فى العبد، فإن شاء خاصمه فى أحد النصفين، وإن شاء خاصمه فى النصف الآخر، وقيام الخلف كقيام الأصل، فإن خاصم المشترى فيما باعه بنفسه، حلفه على البتات بالله لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب؛ لأن هذا تحليف على فعل نفسه، فيكون على البتات، وإن خاصم فى الذى باشر البيع مورثه، حلفه بالله لقد باعه وسلمه إليه، ولم يعلم به هذا العيب؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير، فيكون على العلم، فإن حلف فى أحدهما لم يقع الاستغناء عن اليمين فى النصف الآخر، وإن نكل فى أحدهما لم يكن ذلك لازمًا فى النصف الآخر لما قلنا، وإن جمع بين النصفين فى الخصومة، فلا يخلو إما أن يكون البيع صفقة، أو صفقتين، فإن كان صفقتين حلفه على النصفين، ويجمع بين اليمين بالله لقد بعته النصف، وسلمته ومابه هذا العيب، ولقد باعه صاحبك نصفه، وسلمه، وما يعلم به هذا العيب، وهذا بالاتفاق.

وأما إذا كانت الصفقة واحدة، فكذلك الجواب عند محمد وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يكتفى باليمين على نصيبه خاصة على البتات، وينوب ذلك عن يمينه فى النصف الذى باعه مورثه، فمحمد رحمه الله تعالى سوى بين الصفقة والصفقتين، وقال: بأن الصفقة ههنا وإن كانت متحدة صورة، فهى متعددة حكمًا، ولهذا كان للمشترى أن يخاصم فى أى نصف شاء، وفى الصفقة الواحدة ليس للمشترى أن يخاصم البائع فى أى نصف شاء، ولو كانت

الصفقة متعددة صورة ومعنى، يحلف على النصفين، فكذلك إذا كانت متعددة صورة.

توضيحه: أن الوارث فى نصيب المورث قائم مقام المورث، ولو كان المورث حيًا، فاليمين فى نصيب أحدهما لا ينوب عن اليمين فى نصيب صاحبه، فههنا كذلك، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يفرق بين الصفقة والصفقتين، ويقول: بأن الصفقة إذا كانت واحدة، وحلف على أحد النصفين، لا يكون فى التحليف على النصف الآخر فائدة، إذ لا يتصور أن يكون العيب عند بيع أحد النصفين دون الآخر، إذ وقت بيع النصفين واحد، فإذا استحلف على النصف الذى باعه على البتات، لا يمكنه الحلف، أو كان به العيب، فيحصل ما هو المقصود من الاستحلاف، وهو النكول، فاكتفى باليمين على البتات فى النصف الذى [هو باع بنفسه لهذا، وناب اليمين على البتات فى هذا النصف مناب اليمين على العلم فى النصف الذى][1] باعه مورثه، ولم يجعل على القلب باعتبار أن اليمين على البتات أقوى من اليمين على العلم، فإن فى اليمين على البتات، يحنث علم بالعيب، أو لم يعلم، وفى اليمين على العلم لا يحنث ما لم يعلم بالعيب، والأقوى ينوب عن الأضعف، أما الأضعف لا ينوب عن الأقوى، بخلاف ما لو كان البيع بصفقتين متفرقتين، فقد تصور أن يكون العيب عند بيع أحد النصفين دون الآخر؛ لأن وقت بيع أحد النصفين غير وقت بيع النصف الآخر، ولو اكتفى بالاستحلاف على النصف الذى باعه يمكنه الحلف، إذا لم يكن العيب قائمًا وقت بيعه، وبخلاف ما إذا كان مورثه حيًا؛ لأن هناك ربما يكون أحدهما أورع من صاحبه، فينكل بنوع اشتباه، لا ينكل به الآخر، فكان فى استحلاف كل واحد منهما زيادة فائدة، أما ههنا فبخلافه، وبخلاف ما إذا خاصمه فى أحد النصفين، فحلف البائع، ثم خاصمه فى النصف الآخر، حيث لا يكتفى باليمين الأولى، ولاتنوب الأولى عن الثانية؛ لأن اليمين فى النصف الأول سبق الدعوى فى النصف الآخر، ولا تعتبر اليمين قبل الدعوى، أما ههنا وجدت الدعوى فى النصفين، فجاز أن ينوب اليمين عن النصف الذى باعه عن اليمين فى النصف الذى باع مورثه.

١٢٦٥٧- قال فى "الجامع الصغير" أيضًا: متفاوضان باعا عبدًا، ثم غاب أحدهما، وطعن المشترى فى العبد بعيب، فله أن يخاصم هذا الحاضر، ويحلفه؛ لأن كل واحد منهما أصيل فيما باع وكيل عن صاحبه فى الخصومة، وكفيل عنه فيما التزم، وصاحبه التزم تسليم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

العبد سليمًا[1]، فيكون كفيلا عنه فى ذلك، فلهذا يحلف، فإن نكل لزمه، وإن حلف لم يلزمه، فإن حلف البائع الحاضر، ثم حضر الغائب، فأراد المشترى استحلافه، كان له ذلك؛ لأن صاحبه فيما باشر، استحلف لكونه أصيلا، فيحلف الآخر لكونه كفيلا؛ لأن حلف الأصيل لا يسقط الحلف عن الكفيل، وفيما باشر هذا الذى حضر آخر، استحلف الأول يكونه كفيلا، فيحلف الذى حضر لكونه أصيلا؛ لأن حلف الكفيل لا يسقط حلف الأصيل.

١٢٦٥٨ - فرق بين هذا وبين ما إذا وجب لهما حق على رجل، فاستحلف أحدهما الخصم، ثم حضر الآخر، ليس له أن يستحلفه؛ لأن الاستحلاف يحتمل النيابة من جانب الطالب، فصار استحلاف أحدهما لكونه وكيلا عن الآخر، كاستحلافهما، فأما فى مسألتنا الكلام فى الحلف، والحلف لا يحتمل النيابة، وإنما يحلف كل واحد منهما فيما باع صاحبه بحكم الكفالة، لا بحكم النيابة [وحلف الكفيل لايسقط حلف الأصيل، ثم فرق بين الاستحلاف والحلف فى جريان النيابة][2]، وعدم جريانه، والفرق أن ما هو المقصود من اليمين للمدعى لا يفوت بالنيابة فى الاستحلاف؛ لأن المقصود نكول المدعى عليه، وفى هذا استحلافه، واستحلاف نائبه سواء، أما هذا المقصود فيفوت بالنيابة فى الحلف؛ لأن كل من وجب عليه اليمين يثبت فاسقا لا يتورع عن اليمين الكاذبة، فلهذا افترقا، ثم كيفية التحليف أنه يحلف الحاضر منهما بالله لقد باعه النصف، وسلم، وما يعلم أن هذا العيب فيه، فإذا حضر الآخر، حلف على هذا الوجه أيضًا إن كان العقد بصفقتين بالاتفاق، وإن كان العقد صفقة واحد، فكذلك عند محمد، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى: يستحلف يمينًا واحدة على البتات فى النصف الذى باع، وقد مر هذا فيما تقدم.

نوع آخر فى الاختلاف الواقع فيه:

١٢٦٥٩ - وعن محمد رحمه الله تعالى فى "الإملاء": إذا اشترى الرجل من آخر عبدين بألف درهم صفقة واحدة، ووجد عيبًا بأحدهما بعد ما قبضهما، ثم اختلفا فى قيمتهما يوم وقع البيع، فقال المشترى كان قيمة المعيب[3] ألفى درهم، وقيمة الآخر ألف درهم، وقال البائع

---

(١) وفى "م": بفعلهما مكان سليما.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "ظ": المبيع مكان المعيب.

على عكس هذا لم يلتفت إلى واحد منهما، وينظر إلى قيمة العبدين يوم يختصمان فيه، فإن كانت قيمة كل واحد منهما يوم الخصومة ألف درهم، رد المعيب خاصة بنصف الثمن بعد ما حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا، أخذ ببينتهما جميعًا فيما ادعيا من الفصل، فيجعل قيمة المردود ألفى درهم على ما شهد به شهود المشترى، ويجعل قيمة الآخر ألفى درهم على ما شهد به شهود البائع، فيرد المشترى العيب بتضمين الثمن.

ولو مات أحدهما، والآخر قائم، ووجد بالقائم عيبًا، واختلفا فى قيمة القائم وفى قيمة الميت، ولا بينة لهما، فالقول قول البائع فى قيمة الهالك، ويقوم الباقى على قيمته يوم اختصما، ولو أقاما البينة على قيمة الهالك، فالبينة بينة البائع أيضًا، ولو لم يقيما بينة على قيمة الهالك، وأقاما البينة على قيمة الحى، فالبينة بينة المشترى.

١٢٦٦٠- وفى "النوازل": اشترى خلا فى خابية، وحمله فى جرة له، فوجد فيها فأرة ميتة، فقال البائع: هذه الفأرة كانت فى جرتك، وقال المشترى: لا، بل كانت فى خابيتك، فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر العيب.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": اشترى دهنا بعينه فى آنية بعينها، وأتى على ذلك زمان، فلما فتح رأس الآنية، وكان رأسها مشدودًا منذ قبضها، وجد فيها فأرة ميتة، وأنكر البائع أن تكون فى يده، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأنه ينكر العيب، وتأويل المسألة إذا كان رأسها مشدودًا وقت القبض، ولم يعلم استمرار الشد [ولا انفتاحها بعد ذلك إلى أن وجد فيه الفأرة، ولا عدمه، أما لو عرف استمرار الشد][1]، وعدم انفتاح رأس الآنية إلى أن وجد فيها الفأرة، فالقول للمشترى، وله الرد.

١٢٦٦١- وإذا اشترى عبدًا، وقبضه، ثم جاء به، وقال: وجدته محلوق اللحية، وأنكر البائع، فالقول قول البائع، فإن أثبت المشترى أنه محلوق اللحية اليوم، فإن لم يكن أتى على البيع وقت يتوهم فيه خروج اللحية عند المشترى، له أن يرد؛ لأنه يثبت العيب عند البائع، وإن كان أتى على البيع مثل ذلك، لم يرد ما لم يقم البينة أنه كان محلوق اللحية على البائع، أو يستحلفه، فينكل، وإذا ادعى المشترى عيبًا بالمبيع، والبائع يعلم أن هذا العيب كان به وقت البيع، ومنعه أن لا يأخذها حتى يقضى القاضى عليه بردها؛ لأنه لو أخذها بغير قضاء، لم يكن له أن يردها على بائعه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٢٦٦٢- وفي "المنتقى": رجل باع من رجل عبداً، وقبضه المشترى، وطعن به بعيب، وقال: اشتريته اليوم ومثله لا يحدث في اليوم، وقال البائع: بعته منذ شهر، ومثله يحدث في الشهر، فالقول قول البائع.

١٢٦٦٣- وفيه أيضًا: اشترى من آخر جارية، ووجد بها عيبًا، فخاصم البائع إلى صاحب الشرط والسلطان، لم يوله الحكم، فقضى على البائع، ودفعها إليه، وقضى للمشترى بالثمن كله، وسع للمشترى أن يأخذ منه الثمن كله؛ لأنه يعلم أن البائع قد كان دلس العيب.

١٢٦٦٤- وفيه أيضًا: إذا اشترى دابة، وأراد أن يردها بعيب، فقال البائع: فقد ركبتها في حوائجك بعد ما علمت بالعيب، وقال المشترى: لا، بل ركبتها لأردها عليك، فالقول قول المشترى، وتأويل المسألة على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى إذا كان لا يمكنه الرد إلا بالركوب.

١٢٦٦٥- وفيه أيضًا: رجل اشترى من رجل غلامًا بجارية، ووجد مشترى الجارية بالجارية عيبًا وردها، واختلفا في الغلام، فالقول قول الذي في يده الغلام.

١٢٦٦٦- وفيه أيضًا: رجل باع من آخر جارية، وقال: بعتها وبها قرحة في موضع كذا، وجاء المشترى بالجارية وبها قرحة في ذلك الموضع، وأراد ردها، فقال البائع: ليست هذه القرحة تلك القرحة، والقرحة التي أقررت بها قد برئت، وهذه قرحة حادثة عندك، فالقول قول المشترى، وكذلك لو قال البائع: بعتها وإحدى عينيها بيضاء، وجاء المشترى بالجارية، وعينها اليسرى بيضاء، وأراد أن يردها، فقال البائع: كان البياض بعينها اليمنى، وقد ذهب، وهذا بياض حادث بعينها اليسرى، فالقول قول المشترى، وكذلك إذا قال البائع: بعتها وبرأسها شجة إلى آخر المسألة، فإن قال البائع: في فصل الشجةكانت شجة موضحة، فصارت منقلة عندك، فالقول قول البائع في هذا، وكذلك في فصل بياض العين.

ولو قال البائع: كانت نكتة بياض، وقد ازداد عندك، والعين مبيضة كلها، أو عامتها، فالقول قول البائع، وإن كانت بعينها نكتة بياض، فقال البائع: كان البياض مثل الخردل أقل من هذا، قال: إذا جاء من هذا أمر متقارب، جعلت القول قول المشترى، وإن تفاوت، فالقول قول البائع.

ولو قال: بعتها وبها حمى، فجاء المشترى بها محمومة، يريد ردها، فقال البائع: زادت الحمى، لا يصدق البائع، وكان للمشترى أن يردها، ولو قال البائع: بعتها وبها عيب، وجاء

المشترى وبها عيب، وأراد ردها، فقال البائع: لم يكن بها هذا العيب، وإنما كان كذا وكذا، فالقول قوله؛ لأن العيوب مختلفة، ولو قال: بعته، وبه عيب فى رأسه، فجاء به المشترى، وأراد أن يرد بعيب برأسه، فالقول قول المشترى أنه هذا العيب، وإن كذبه البائع، والحاصل أن البائع إذا نسب العيب إلى موضع وسماه، فالقول قول المشترى، وإذا لم ينسبه إلى موضع، بل ذكره مطلقًا، فالقول قول البائع.

١٢٦٦٧ - قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": إذا اشترى جارية وقبضها، ثم ادعى أن لها زوجًا، وأراد ردها، فقال البائع: كان لها زوج عندى، ولكن مات عنها، أو طلقها، وانقضت عدتها، ثم بعتها، فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر ثبوت حق الرد؛ لأن النكاح إنما يثبت حق الرد على تقدير البقاء، فإذا أنكر البقاء إلى وقت البيع، فقد أنكر ثبوت حق الرد، وإن قال البائع كان لها زوج فلان عين الزوج، إلا أنه طلقها قبل البيع، فكذلك الجواب القول قول البائع ما دام الزوج غائبًا، فإذا حضر الزوج، فإن صدق البائع فى الطلاق، لا يثبت للمشترى حق الرد؛ لأنه لم يثبت العيب، وإن كذبه، وقال ما طلقها، فالقول قول الزوج؛ لأنهم اتفقوا على وجود النكاح، ولم يثبت الطلاق بمجرد قول البائع، فكان للمشترى حق الرد بعيب النكاح، وهذا الفصل مشكل؛ لأن ثبوت النكاح ههنا مضاف إلى تصديق المشترى؛ فإنه لولا تصديق المشترى ما ثبت النكاح بإقرار البائع لحصول الإقرار بعد زوال ملكه، وحصول العيب مضاف إلى المشترى، لا يثبت له حق الرد، وإن قال البائع: كان لها زوج بعد المبيع، إلا أنه طلقها قبل التسليم، أو قال بعد التسليم، لم يقبل قوله؛ لأن البائع أقر بقيام العيب وقت البيع، ثم ادعى زواله، والمشترى ينكر.

ولو كان لها زوج عند المشترى، فقال المشترى للبائع: قد كان لها الزوج عندك وقال البائع: كان زوجها عندى غير هذا، وطلقها ذلك الزوج، أو مات عنها، وقال المشترى: بل هو هذا، فالقول قول البائع، ولا يكون للمشترى حق الرد؛ لأن ما أقر به البائع بطل بتكذيب المشترى، وما ادعاه المشترى، لم يثبت لعدم تصديق البائع، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك اتفقا على على عيب واحد متصل بالعقد، فكان القول قول من ينكر زواله [واستشهد محمد فى الكتاب، فقال: ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدًا، وقبضه، فمات عند المشترى، فادعى المشترى أن البائع باعه، وبإحدى عينيه بياض، ومات هو كذلك، وقال البائع: كان ذلك، لكنه زال قبل البيع، فالقول قول البائع، ولو قال: زال عنه بعد البيع، فالقول قول المشترى، ولو قال البائع: كان البياض بعينه اليمنى، فزال عندك، وقد حدث البياض عندك باليسرى،

وقال المشترى : بل البياض عندك كان باليسرى ، كان القول قول البائع ؛ لأن ما أقر به البائع ، بطل تكذيب المشترى ، وما ادعاه المشترى لم يثبت لعدم تصديق البائع ، بخلاف ما تقدم ؛ لأن هناك اتفقا على عيب واحد متصل بالعقد ، فكان القول قول من ينكر زواله][1] .

١٢٦٦٨- قال فى "الجامع" أيضًا : رجل اشترى من آخر جارية ، ثم أقام بينة أن لها زوجًا معروفًا غائبًا ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن هذه بينة قامت لغائب ، أو على غائب ، وليس عنه خصم حاضر ، وطعن أبو حازم القاضى رحمه الله تعالى فى جواب هذه المسألة ، فقال : ينبغى أن تقبل هذه البينة[2] ؛ لأن الحاضر يدعى لنفسه حق الرد ، ولا يتوصل إلى إثباته إلا بعد إثبات حق الغائب ، وهو النكاح ، وفى مثل هذه الصورة ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى إثبات حقه إذا كان للحاضر حق فيما هو حق للغائب ، أو يكون ما هو حق الغائب سبب حق الحاضر ، أما إذا لم يكن ، فلا ، ألا ترى أن من تزوج امرأة ، فادعت أنه كان تزوج أختها قبلها ، وأقامت على ذلك بينة ، والأخت غائبة ، لا تقبل بينتها ، وإن كان لو ظهر نكاح أختها ، حصل لها الخلاص عن حبالة هذا الزوج ، ولكن قيل : لما لم يكن لها حق فى نفس النكاح ، ولم يكن النكاح بسبب حقها ، لم تنتصب هى خصمًا عن أختها .

١٢٦٦٩- إذا ثبت هذا ، فنقول : حق الغائب النكاح ، والنكاح ليس حق الحاضر ، ولا سبب حقه ؛ لأن حقه فى الرد بالعيب ، والنكاح ليس بسبب للرد ، بل الموجب للرد التزام البائع تسليم المعقود عليه سليمًا ، ولكن عند ظهور العيب ، كما أن عند ظهور الإحصان يجب الرجم بزنا المحصن ، لا بنفس الإحصان ، وكما أن عند يسار الحالف تجب الكفارة بالعتق باليمين ، لا بنفس اليسار ، فكذا ههنا ، وإذا لم يكن للحاضر حقًا فى النكاح ، ولم يكن النكاح بسبب حق الحاضر ، لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، وكذلك لو شهد الشهود أن لها زوجًا ، ولم يعرفوه ، فشهادتهم باطلة ؛ لأنهم شهدوا بالنكاح لمجهول ، ولو شهدوا بالنكاح لغائب معروف ، لاتقبل شهادتهم ، فإذا شهدوا لغائب مجهول أولى .

١٢٦٧٠- ولو شهدوا على إقرار البائع أن لها زوجًا معروفًا غائبًا ، أو على إقراره بأن لها زوجًا مجهولا ، صح ؛ لأن هذه شهادة على إقرار البائع ، وهو معلوم حاضر يخالف الوجه الأول على ما مر ، قال فى "الكتاب" : ألا ترى أنه لو شهد الشهود أن لفلان على فلان شيئًا ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفى "ظ" و"م" : الشهادة بدلا من البينة .

أو غصب منه شيئًا، كان باطلا.

١٢٦٧١- ولو شهدوا على إقراره أنه غصب من فلان شيئًا، كان ذلك جائزًا، فهھنا كذلك، وإذا قبلت الشهادة ظهر النكاح، وكان للمشترى أن يردها مع يمينه بالله ما يعلم أن الزوج مات عنها، أو طلقها طلاقًا بائنًا، هكذا ذكر فى "الجامع" من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا إذا ادعاه البائع، فأما بدون الدعوى، فالقاضى لا يحلف المشترى؛ لأنه نصب لفصل الخصومات، وذلك إنما يكون عند الدعوى، والأصح أن القاضى يحلف المشترى على هذا فى الحالين صيانة لقضاءه.

١٢٦٧٢- وإذا اشترى خادمًا، وقبضه، وطعن بعيب به، فجاء بالخادم ليرده، فقال البائع: ما هذا بخادمى، وقال المشترى: هذا خادمك الذى اشتريت، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشترى لا يملك الفسخ بخيار العيب إلا بقضاء أو برضاء، ولم يوجد قضاء ولا رضاء، فلم ينفسخ البيع بفسخه، بقى المشترى بما يدعى فى هذا العين العيب[1] مدعيًا حق الفسخ لنفسه، والبائع منكر، فيكون القول قول البائع، كما لو تصادقا أن المبيع هذا إلا أن المشترى ادعى عيبًا فيه، والبائع ينكر، وهناك القول قول البائع، كذا ههنا.

نوع آخر منه:

١٢٦٧٣- رجل قال لآخر: إن عبدى هذا أبق، فاشتره منى، فقال له الآخر: بكم تبيعه؟ فقال: بكذا، فاشتراه منه، ثم وجده المشترى آبقًا، فليس له أن يرده، فإن باعه المشترى من آخر، فوجده المشترى الثانى آبقًا، فأراد أن يرده، وأنكر المشترى الأول أن يكون آبقًا، فأقام المشترى الثانى بينة على مقالة البائع الأول، لم يستحق به شيئًا؛ لأن البائع الأول أخبر أن عبده أبق، لكن لم يجعل ذلك وصفًا للإيجاب، فلم يصر إيجاب المشترى منتظمًا لذلك، فلم يصر المشترى مقرًا بذلك العيب، وصار البائع الأول معترفًا بإباقه، واعترافه حجة عليه، وليس بحجة على المشترى الأول.

ولو قال البائع الأول للمشترى الأول: بعتك هذا العبد على أنه آبق، أو على أنه برىء من إباقه، والمسألة بحالها، كان للمشترى الآخر أن يرده على المشترى الأول؛ لأن البائع الأول جعل الإباق وصفًا لإيجابه، فصار جواب المشترى [قبولا لذلك الوصف، كأنه قال: اشتريته على أنه آبق، ولو قال هكذا، كان مقرًا بإباق العبد، كذا هنا، ولو قال البائع الأول:

(١) وفى "ف": المعين مكان العين.

بعت على أني بريء من الإباق، لم يقل : من إباقه، لم يرده المشترى][1] الآخر على المشترى الأول ما لم تقم البينة على أنه باعه، وهو آبق ؛ لأن البائع وإن جعل الإباق صفة لإيجابه، إلا أنه ذكر الإباق مطلقًا غير مضاف إلى العبد، فصار إيجاب المشترى منتظمًا لذلك على سبيل الإطلاق، ولهذا لا يصير مقرًا لوجود العيب فيه، ألا يرى أن البيع قد يكون بشرط البراءة عن كل عيب، وذلك لا يكون إقرارًا بوجود كل عيب فيه، بخلاف قوله على أني بريء عن إباقه ؛ لأنه أضاف الإباق إلى العبد بالهاء الذى هوكناية عنه، فصار جواب المشترى قبولا بذلك الوصف، فصار مقرًا بذلك، أما ههنا فبخلافه.

١٢٦٧٤- وفي "المنتقى" : رجل أقر على عبده بدين، ثم باعه من آخر، ولم يذكر الدين، ثم باعه المشترى من آخر، ولم يذكر الدين، فإن للمشترى الآخر أن يرده على بائعه بذلك الإقرار الذى كان من البائع الأول ؛ لأن الدين لازم به، وللغريم أن يرده البيع فيه، وليس هذا كإقرار الإباق قبل البيع، وبعده في حق فسخ البيع الآخر بين المشترى الآخر وبين بائعه الذى لم يقر بالإباق، والإقرار بالزوج كإقرار بالدين في أن المشترى الآخر يرده على بائعه بالإقرار الذى كان حق البائع الأول.

١٢٦٧٥- وفيه أيضًا : رجل أقر أن أمته أبقت منه، ثم وكل وكيلا أن يبيعها، ولم يبين أنها آبقة، فباعها مأموره، وكتم ذلك الإقرار، وتقابضا، ثم علم المشترى بذلك الإقرار، وأراد ردها به على بائعه، وكذبه بائعه، وقال : لم تأبق، أو كان الإقرار من المولى بعد ما باع الوكيل، وتقابضا، فليس للمشترى أن يردها على الوكيل، ألا يرى أن المضارب أو شريكه العنان لو باع أمة، وتقابضا، ثم أقر به رب المال، أو الشريك بعيب فيها ليس بظاهر، لم يكن للمشترى أن يردها على البائع بذلك الإقرار.

ولو أن الموكل قال لوكيله : إن عبدى آبق، فبعه، وأبرأ من إباقه، فباعه الوكيل، ولم يبرأ من الإباق، ثم علم المشترى بمقالة الموكل قبل القبض، فله أن يرده بذلك، وليس هذا كالمسألة الأولى التى لم يبين رب العبد فيها الإباق للوكيل، فإن هناك لا يجوز إقراره على نقض بيع الوكيل.

قال : ولو كان هذا في رب المال و المضارب، لم يكن للمشترى أن يرد بإقرار رب المال على المضارب، علل فقال : لأن رب المال لو نهى المضارب عن البيع، كان له أن يبيعه.

١٢٦٧٦- وفيه أيضًا : لو وكل رجلا ببيع عبد له، فأقر الوكيل أنه آبق، ولا يعلم أنه أقرّ

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

به قبل الوكالة، أو بعد الوكالة، ثم باع العبد من رجل، وتقابضا، ثم اطلع على مقالة الوكيل، فله أن يرد على الوكيل، وليس للوكيل أن يرده على الموكل، ولو كان المشترى سمع إقرار الوكيل بذلك قبل البيع، ثم اشتراه منه، لم يكن له أن يرده على الوكيل.

وفيه أيضًا: إذا باع رجل من رجل عبدًا، وأقر البائع والمشترى بإباقه، وكان ذلك منهما فى عقدة البيع، ثم باعه المشترى من آخر، وكتم إباقه، ثم باعه المشترى الثانى من آخر على أنه مأمون، وليس بآبق، ثم علم المشترى الآخر بالإباق، وبما جرى بين البائع الأول، والمشترى الأول من إقرارهما بالإباق وقت جريان البيع، لم يكن له أن يرده، ولا يكون إقرار المشترى الأول بإباقه نافذًا على من لم يشتر منه من الباعة.

ولو أن المشترى الأول اشتراها من غير إقرار منه، ومن البائع الأول بإباقه، ثم أقام المشترى الأول بينة على إباقه، ورد القاضى على البائع الأول، ثم إن البائع الأول باعه عن ذلك المشترى، أو من رجل آخر، وباعه المشترى من رجل، وباعه المشترى الثانى من رجل آخر، ثم علم المشترى الآخر بالإباق، وبما جرى بين المشترى الأول وبائعه من رد القاضى العبد عليه بالإباق ببينة قامت له، فله أن يرد على بائعه؛ لأن البينة حجة فى حق الناس كافة.

وفيه أيضًا: إذا اشترى من آخر جارية، ثم ادعى أنها آبقة، وأقام البينة على إباقها، وردها القاضى بذلك، ثم أقام رجل بينة على أنها أمته، ولدلك فى ملكه، وقضى القاضى له بالجارية، ثم باعها مأموره، فخاصمه المشترى فى إباقها، واحتج عليه بحكم الحاكم بالإباق، فله أن يردها.

رجل اشترى عبدًا، فساومه رجل فيه، فقال له المشترى: اشتره منى، فإنه ليس به عيب، فلم يتفق بينهما بيع، ثم إن المشترى وجد بالعبد عيبًا يحدث مثله، فخاصمه فيه البائع، وأقاما البينة أنه كان عند البائع، وأقام البائع بينة على أنه قال عند المساومة: اشتره منى، فإنه لا عيب له، لا يلتفت إلى هذه البينة، ويقضى بالرد على بائعه؛ لأن ما قاله المشترى كذب بيقين؛ لأن هذا نفى لكل العيوب، والإنسان لا يخلو عن قليل العيب عادة، ومن العيوب بالآدمى ما لا يقف عليه غيره غالبًا، فيسقط اعتبار حقيقة هذا اللفظ، وحمل على المجاز، وهو ترويج السلعة.

ولو قال للذى ساومه: اشتره منى، فإنه ليس به عيب كذا، فلم يتفق بينهما بيع، ثم إن المشترى ادعى ذلك العيب، وأراد أن يرده على بائعه بذلك، فليس له أن يرده؛ لأن العمل بحقيقته ممكن؛ لأن الآدمى يخلو عن عيب واحد معين، فكان ذلك إقرار منه بنفى ذلك،

العيب، فلا يستمع المشترى وجود ذلك العيب منه بعد ذلك.

ولو كان مكان العبد ثوبًا، وباقى المسألة بحالها، لا يسمع دعواه، ولا يرده على بائعه فى الوجهين جميعًا؛ لأنا لم نتيقن بكذبه؛ لأن عيوب الثوب مما يوقف عليه، ولو كان العيب مما لا يحدث مثله أصلا، أولا يحدث مثله فى هذه المدة، رد القاضى العبد على بائعه؛ لأنه صار مكذبًا فيما أقر حقيقة، ولو صار مكذبًا فيما أقر شرعًا، أليس أنه يلحق إقراره بالعدم، كذا هنا -والله أعلم-.

نوع آخر منه:

١٢٦٧٧- وإذا أصاب الإمام والجند غنائم فى دار الحرب، فأخرجوها إلى دار الإسلام، فباع الإمام، أوبعض أمناءه الغنائم لمصلحة رآها، حتى جاز البيع، فوجد المشترى بجارية عيبًا لا يدرى أكان العيب يوم الشراء، أولم يكن، له أن يخاصم الإمام فى الرد بالعيب؛ لأن بيع الإمام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين، ولو صار خصمًا فى هذا البيع خرج ببيعه من أن يكون قضاء، فإن القاضى لا يصلح خصمًا، وإذا عرفت هذا الحكم فى حق القاضى، فكذا فى حق أمينه، ؛ لأن أمينه نائب عنه، وهذا بخلاف ما إذا نصب الإمام وصيًا عن الميت بالتصرف، حيث يلحقه العهدة؛ لأنه نائب الميت، ولكن ينصب القاضى، والميت كان يصلح خصمًا فى حياته، فكذا نائبه، وإذا لم يصلح الإمام خصمًا، ولا نائبه، كان للإمام أن يجعل أمينه خصمًا للمشترى ابتداء، وإن شاء نصب خصمًا آخر، دفعًا للضرر عن المشترى، فإن أقام المشترى البينة على الخصم، أن العيب كان بالجارية يوم اشتراها، ردها عليه، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف ما يخاصمه، لا يستحلف؛ لأن المقصود من الاستحلاف النكول الذى هو قائم مقام الإقرار، ولو أقر هذا الخصم بالعيب، لا يصح إقراره للمعنى الذى قلنا، فكذا هذا الذى خصمه الإمام إذا أقر لا يصح إقراره، وإذا لم يصح إقراره، لما قلنا، فالقاضى يخرجه عن الخصومة، وينصب للمشترى خصمًا آخر، نظرا للمشترى، وإذا نصب القاضى خصمًا آخر، ورد المشترى الجارية على هذا الخصم الآخر ببينة أقامها، فالقاضى يبيع الجارية، ويوفى المشترى ثمنها، فإن كان الثمن الثانى [مثل الثمن الأول فيها، وإن كان أنقص، أعطاه الفضل من بيت المال، وإن كان الثمن الثانى][1] أفضل، جعل الفضل للفقراء إن كانت الجارية من الخمس، وإن كانت من الأربعة الأخماس جعل الفضل فى بيت المال؛ لأن ذلك حق الغانمين،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وتعذر صرفه إلى كل الغانمين لكثرتهم وتفرقهم، وتعذر صرفه إلى بعض الغانمين لما فيه من إبطال حق [البعض، وكان بمنزلة اللقطة، فتوضع فى بيت المال، هذه الجملة من بيوع "الجامع".

١٢٦٧٨- وفى "المنتقى": رجل اشترى عبداً، وباعه من ابنه، ثم مات الأب، والابن وارثه، ولا وارث له غيره، ثم وجد الابن بالعبد عيبًا قديمًا، لم يستطع رده، وذكر عين هذه المسألة فى "الزيادات"، وزاد ثمه، وباعه من مورثه فى صحته، ثم مات المورث، وورثه هذا البائع، لا وارث له غيره، ثم وجد بالعبد عيبًا قديمًا، كان دلسه البائع الأول، لا يكون له أن يرده؛ لأنه لا وجه إلى الرد على البائع الأول؛ لأن الملك المستفاد من جهة البائع الأول قد انعدم لبيع المورث من المورث، ولا وجه إلى الرد على نفسه؛ لأنه لو رد لردّ لنفسه، فيصير الواحد رادًا ومردودًا عليه، وإنه لا يجوز، ولا ينصب القاضى هنا وصيًا عن الميت؛ لأنه لو نصبه إما أن ينصبه ليرده على الوارث، أو على البائع الأول، لا وجه إلى أن يرده على البائع الأول؛ لأنه ما جرى بينهما معاقدة، والسبب المتخلل قائم، ولاوجه إلى أن يرده على الوارث؛ لأن فى هذا استيجاب المورث الدين على الوارث بعد الموت، وأنه مستحيل إذا لم يكن وارث آخر؛ لأن ما يجب من الدين للمورث على الوارث يملكه الوارث، كما يملك سائر أملاكه، وإذا ملك ما على نفسه يسقط ضرورة أن الإنسان لا يثبت له على نفسه دين، فلم يكن فى إيجاب الدين للمورث على الوارث فائدة.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا إذا لم يكن على الميت دين، فأما إذا كان عليه دين، فالقاضى ينصب خصمًا للميت ليرد العبد على الوارث؛ لأنه إذا رده على الوارث لا يملك الوارث ما عليه؛ لأن دين المورث يمنع وقوع الملك للوارث، فكان الرد مفيدًا، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين، قال فى "المنتقى": ولو كان مع هذا الابن ابن آخر، كان ذلك الآخر خصمًا فيه، يرده على الابن البائع من الميت، ثم إنه يرده على بائعه.

١٢٦٧٩- وفى "الزيادات" أيضًا: رجل اشترى عبدًا، وباعه من وارثه فى صحته بثمن معلوم، وقبض الثمن، ثم مات البائع، وورثه هذا المشترى، لا وارث له غيره، ثم وجد به عيبًا، كان له أن يرده، فينصب القاضى وصيًا عن الميت، ليرده الوارث عليه، والرد هنا مفيد، إذ لا يستحيل وجوب الدين للوارث على مورثه بعد الموت، ألا يرى أنه إذا حفر بئرًا على قارعةالطريق، ومات، ووقع فيها دابة الوارث، وهلكت، وجبت قيمة الدابة للوارث على المورث، إلا أنه لا يمكنه الخصومة مع المورث، والرد عليه، فينصب القاضى وصيًا عن المورث

ليرد عليه الوارث، فإذا رد ارتفع السبب المتخلل بقضاء القاضى، وعاد الملك المستفاد من جهة البائع الأول [فيرده الوصى على البائع الأول][(١)]، ويأخذ الثمن منه، ويدفعه إلى الوارث.

فإن قيل: رد الوارث إنما يكون للرجوع بالثمن، ورجوع الوارث بالثمن يكون فى تركة الميت، وتركة الميت سالمة للوارث بغير مزاحم، فأى فائدة له فى هذا الرد؟

قلنا: التركة سالمة للوارث إرثا، وبالرد والرجوع يسلم له التركة اقتضاء لدينه، وفيه فائدة، حتى لا يتقدم عليه غريم آخر، ولا يزاحمه معه وارث آخر إن ظهر، وهذا إذا نقده الثمن، فأما إذا لم ينقده الثمن، لا يكون له الرد إذا لم يكن معه وارث آخر؛ لأنه لا فائدة فى الرد، وفى هذه الصورة لأن فائدة الرد فى مثل هذه الصورة استفادة البراءة عن الثمن، وقد استفاد البراءة بالموت لاستحالة أن يجب للميت على وارثه دين.

١٢٦٨٠- وفى "المنتقى": رجل اشترى لنفسه من ابنه الصغير عبداً، وقبضه، وأشهد على ذلك، ثم وجد به عيبًا، ثم أراد أن يرده لنفسه على ابنه، ثم يرد لابنه على بائعه، فليس له ذلك، ولكن يأتى القاضى حتى يجعل لابنه خصمًا يرده عليه، ثم يرده الأب لابنه الصغير على الذى اشتراه منه، وكذلك لو كان الأب باع من ابنه الصغير عبداً، وقبضه لابنه من نفسه، ثم وجد به عيبًا، وأراد رده على نفسه لابنه.

وفيه أيضًا: رجل باع من رجل عبداً بأمة، وتقابضا، ثم وجد مشترى الأمة بالأمة إصبعًا زائدة، وردها عليه بقضاء قاض، وأخذ العبد، ثم إن مولى الأمة اطلع على أن مشترى الأمة قد كان وطئها قبل أن يستردها، والوطء لا ينقص شيئًا، وذلك بعد ما ماتت الأمة فى يد الذى ردت إليه، أو بعد ما باعها، فليس له شىء، قال: لأنه قد كان له أن يرد الأمة، ويأخذ العبد.

نوع آخر منه فى المكاتب، والمأذون يردان بالعيب:

١٢٦٨١- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": مكاتب اشترى ابنه، لم يستطع بيعه؛ لأنه كما اشتراه صار مكاتبًا عليه على ما عرف، والمكاتب لايباع، فإن وجد به عيبًا، لا يرده بالعيب؛ لأن الكتابة تمنع البيع، فيمتنع الرد، ولا يرجع بنقصان العيب.

واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: لأن الكتابة كما يمنع الرد تمنع الرجوع بنقصان العيب؛ لأن الكتابة فى معنى البيع من حيث إنها معاوضة قابلة للنسخ، والبيع كما يمنع بالعيب يمنع الرجوع بنقصان العيب.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وبعضهم قالوا: لأن الملك بهذا الشراء وقع للمولى، فكأن المكاتب اشتراه، ثم باعه من المولى، ثم اطلع على عيبه، والبيع يمنع الرجوع بنقصان العيب.

وبعضهم قالوا: إن الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد، ولهذا لا يصار إليه مع القدرة على الرد، وإنما يظهر حكم الخلف عند وقوع اليأس عن الأصل، ولم يقع اليأس عن الأصل ههنا؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ، وبعد الفسخ يمكن الرد.

١٢٦٨٢ - وإن عجز المكاتب الذى اشترى ابنه، كان له أن يرده بالعيب؛ لأن المانع من الرد الكتابة، وارتفعت الكتابة بالعجز للرد فى الرق، فارتفع المانع، والمكاتب هو الذى يلى الرد و الخصومة فيه؛ لأن العاقد هو المشترى، فإن لم يخاصم المكاتب فى ذلك حتى باعه المولى، أومات، كان الرد إلى المولى؛ لأن الملك للمولى والمكاتب كان فى معنى الوكيل عن المولى، ألا يرى أن نفع الرد عائد إلى المولى، وحكمه واقع له، فإذا تعذر الرد من جهة المكاتب بالموت، أو بالبيع، صار كالوكيل بالشراء إذا مات قبل الرد بالعيب، وهناك يثبت للموكل حق الرد كذا هنا، ولو أن المكاتب لم يعجز، ولكن أبرأ البائع عن العيب[1]، صح إبراءه، حتى لو عجز المكاتب بعد ذلك لم يستطع المولى رده.

فإن قيل: كيف يصح الإبراء هنا؟ وإن الإبراء عن العيب إسقاط حق الرد، وليس للمكاتب هنا حق الرد، فكيف يصح إسقاطه؟

قلنا: سبب حق الرد موجود، وهو التزام البائع بالبيع تسليم البيع سليمًا، لكن لم يثبت له حق الرد لمانع، وإسقاط الحق يعتمد سبب ثبوت الحق، لاثبوت الحق لا محالة، ألا يرى أن إبراءه الآجر المستأجر عن الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح، وكذا تسليم الجار الشفعة مع وجود الشريك صحيح، وإنما يصح لما قلنا، وأقرب من هذا الحر إذا اشترى عبدًا، وكاتبه، ثم وجد به عيبًا، ليس له أن يرده، ولو أبرأه عن العيب صح حتى لو عجز، ورد فى الرق، ليس له أن يرده، وإنما صح لما قلنا.

فإن قيل: الإبراء تبرع، والمكاتب ليس من أهل التبرع؟

قلنا: بلى، الإبراء تبرع، ولكن تبرع هو من صنيع التجار حلا لغيرهم على التجارة معهم، ومثله يملك المكاتب، كالتأجيل، والإعارة، وإتخاذ الضيافة اليسيرة، والبيع بأقل من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله، وكذلك لو أبرأ المولى البائع عن العيب قبل العيب، صح إبراءه؛ لأن الملك للمولى على ما مر، والمكاتب بمنزلة الوكيل عن المولى، والموكل إذا أبرأ

(١) هكذا فى "ف" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": البيع.

البائع عن العيب[1]، صح إبراءه عن العيب، كذا هنا، والذى ذكرنا من الجواب فيما إذا اشترى أخاه، أو عمه، أو أخته، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هؤلاء يتكاتبون معه، فصار الجواب فيهم، والجواب فى الابن والأب على السواء، وعلى قول أبى حنيفة هؤلاء يتكاتبون معه، فملك رده بالعيب كما يملك بيعهم، فإن أبرأ المولى البائع عن العيب قبل عجز المكاتب، لا يصح إبراءه عنده؛ لأن المولى لا يملكه لما لم يتكاتب، ولهذا لو أعتقه المولى لا يصح إعتاقه، فكان أجنبيا عنه، فلم يصح إبراءه عنه لهذا.

١٢٦٨٣- قال: إذا اشترى المكاتب أم ولده، و وجد بها عيبًا، إن كان معها ولد، لايملك رده، كما لا يملك بيعها، وإنما لا يملك بيعها؛ لأن الجارية فى باب الاستيلاد [تبع للولد قال عليه السلام: «أعتقها ولدها»[2] وإن امتنع بيع الولد ههنا لما مر، فيمتنع بيع الجارية، ولكن يرجع بنقصان العيب فرق بين هذا، وبينما إذا اشترى ابنه، ثم وجد به عيبًا، فإنه كما لا يرده بالعيب، لا يرجع عليه بنقصان العيب، والفرق أما على المعنى الأول فلأنها لم تصر مكاتبة، وأما على المعنى الثانى فلأنها لم تصر مملوكة للمولى، وأما على المعنى الثالث فلأن الاستيلاد][3] لا يحتمل الرفع، فكان الأصل مأيوسًا، فظهر حكم الخلف، والمكاتب هو الذى يلى الرجوع؛ لأنه من حقوق العقد، والمكاتب هو العاقد، فكان الرجوع له إلا أن يموت، أويباع بعد العجز، على ما مر، فإن أبرأ المكاتب البائع عن العيب قبل العجز صح؛ لما قلنا، وإن أبرأه المولى لا يصح؛ لأن المولى أجنبى عنه، فإنها لم تكاتب عليه، ولم تدخل فى ملكه، ولهذا لو أعتقها المولى، لا يصح بخلاف الولد على ما مر.

وإن لم يكن معها ولد، فكذلك الجواب على قولهما، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه له أن يردها بناء على أصل معروف؛ لأن المكاتب إذا ملك أم ولده، وليس معها ولد، فعلى قولهما تصير أم ولد له، ولا يبيعها، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا تصير أم ولد له، ويبيعها، فهما سويا بينما إذا كان معهما ولد، وبين ما إذا لم يكن معها ولد، وجعلاها أم ولد له فى الحالين، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى فرق، و وجه الفرق أن المكاتب يشبه الحر من وجه، ويشبه العبد من وجه، فلشبهه بالأحرار جعلناها أم ولد له إذا كان معها

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أخرجه ابن عدى فى "الكامل" (٧/ ٢٩٧)، وذكره ابن قدامة فى "المغنى" (١٠/ ٤١٤)، والمزى فى "تهذيب الكمال" (٣٣/ ١٠٧).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ولد، ولشبهه بالعبيد لا يجعلها أم ولد له إذا لم يكن معها ولد، عملا بالشبهين جميعًا.

١٢٦٨٤- قال: مكاتب أو حر اشترى عبدًا، وكاتبه، ثم وجد به عيبًا، لا يرده بالعيب؛ لما قلنا: إن الكتابة ما نعة من الرد بالعيب؛ لما قلنا؛ لكونها ما نعة من البيع، ولا يرجع بنقصان العيب أيضًا؛ لما مر أن الكتابة فى معنى البيع، والبيع يمنع الرجوع بنقصان العيب، فإن أبرأ المكاتب، أوالحر البائع من العيب صح الإبراء حتى لايكون للمكاتب بعد العجز ولا للحر ولاية الرد بالعيب؛ لما مر.

١٢٦٨٥- ولو أبرأ المولى البائع قبل عجز المكاتب لا يصح الإبراء؛ لأن المولى أجنبى عن اكتساب المكاتب، وإنما يملك من يكاتب عليه لأجل الضرورة، فإن التكاتب عليه لا يكون إلا بعد الدخول فى ملكه، وكذلك وارث الحر إذا أبرأ البائع لا يصح إبراءه وإن كان ذلك فى مرض موت الحر؛ لأنه لا ملك للوارث فى مال مورثه فى حال حياته، وفى مرض موته له شبهة الملك، والإبراء لا يثبت بالشبهة، ولهذا لو عفى عن جارح مورثه فى الخطأ لا يبرأ، وإنما لا يبرأ لما قلنا.

وإذا لم يصح الإبراء للحال لا يتوقف على ملك يحدث، كالوارث إذاأعتق، ثم مات المورث، أو المولى إذا أعتق عبد المكاتب، ثم عجز المكاتب، فإنه لا ينفذ، وإنما لا ينفذ؛ لما قلنا، ولو أن المولى أبرأ البائع بعد ما عجز المكاتب الأول قبل عجز الثانى، أو بعد عجز الثانى صح الإبرأ، أما بعد عجز الثانى، فلأنهما بالعجز صار ملكًا للمولى، وأما قبل عجز الثانى، فلأن بعجز الأول صار الثانى مملوكًا للمولى، وصار المولى فيه قائمًا مقام المكاتب الأول، وقد كان يصح من المكاتب الأول إبراء البائع قبل عجز المكاتب الثانى، فكذا من المولى، أكثر ما فى الباب أن الرد يمتنع إلا أن سبب حق الرد موجود، فحصل الإبراء بعد وجود سبب الحق، فيصح على ما مر، وكذا وارث الحر إذا أبرأ البائع بعد موت المورث صح الإبراء؛ لأن الملك والحق له.

١٢٦٨٦- وكذلك رجل اشترى عبدًا، وباعه من آخر، ثم مات المشترى الأول، ثم ظهر بالعبد عيب كان عند البائع الأول، فأبرأ وارث المشترى الأول البائع عن العيب، صح الإبراء، حتى لو رد العبد عليه لا يستطيع رده على البائع، وإن كان الرد ممتنعًا فى الحال، وطريقه ما ذكرنا.

أورد محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة لبيان أن صحة الأداء لا يعتمد قيام الحق لا محالة، بل كما يصح الإبراء عند قيام الحق، يصح عند وجود سببه، مكاتب اشترى عبدًا،

وباعه من مولاه، وتقابضا، أولم يتقابضا حتى عجز المكاتب، ثم وجد المولى به عيبًا لم يرده بالعيب؛ لأنه لو رد إما أن يرد على بائع العبد، أو على العبد لا وجه إلى الأول؛ لأن المولى استفاد ملكًا مبتدأ من جهة العبد، فلا يملك العبد على بائع العبد ما لم يعد حكم البيع من العبد، وذلك بالرد على العبد، ولا وجه إلى الرد على العبد لعدم الفائدة، بيانه: أن المولى إن نقد الثمن، ففائدة الرد وجوب الثمن دينًا في ذمة البائع، والمكاتب بالعجز صار ملكًا للمولى، والمولى لا يستوجب على مملوكه دينًا، وإن لم ينقد الثمن ففائدة الرد البراءة من الثمن، والمولى بعجز المكاتب برأ عن الثمن إذ المملوك لا يستوجب على مالكه شيئًا، وما لا يفيد، لا يرد الشرع به، على ما مر بهذا الطريق.

١٢٦٨٧ - قلنا: إن من اشترى من آخر عبدًا، ولم ينقده الثمن[1]، حتى وهب البائع الثمن منه، ثم وجد بالعبد عيبًا، لا يرده، وإنما لا يرد لعدم الفائدة على نحو ما قلناه.

١٢٦٨٨ - ولو كان المولى اشترى العبد أولا من رجل، وباعه من مكاتبه، ثم عجز المكاتب، ثم وجد المولى بالعبد عيبًا، وأراد المولى أن يرده على بائعه، هل له ذلك؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وينبغي أن لايكون له ذلك؛ لأنه باع ما اشترى منه، فلا يملك الرد عليه ما لم يرتفع حكم البيع الثاني، وذلك بالرد، وتعذر الرد بحكم البيع الثاني؛ لأن البائع الثاني هو المولى، فيصير هو الراد والمردود عليه، فإنه باطل، وإذا تعذر الرد بحكم البيع الثاني تعذر الرد بحكم البيع الأول ضرورة.

١٢٦٨٩ - عبد مأذون عليه دين مستغرق برقبته اشترى عبدًا وقبضه، ثم باعه من مولاه، إن باعه بمثل قيمته جاز بيعه بلا خلاف، أما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه: فلأن هذا البيع يعيد له ملك العين وملك التصرف؛ لأن دين العبد إذا كان مستغرقًا يمنع وقوع الملك للمولى في اكتسابه، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: فلأن هذا البيع، وإن كان لا يفيد له ملك العين يفيد ملك التصرف؛ لأن دين العبد وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى في اكتسابه يمنع المولى عن التصرف، فهذا البيع يفيد له ملك التصرف، وأنه يكفي لنفاذ البيع، أصله شراء العبد المأذون، فإنه صحيح مع أنه لا يفيد له ملك العين لإفادته ملك التصرف، وكذا شراء رب المال شيئًا من مال المضارب صحيح، وإنما صح لإفادته ملك التصرف، هذا إذا باعه بمثل قيمته، وإن باعه، وحابى فيه محاباة فاحشة، أو يسيرة، لا يجوز، فلم يتحمل في هذا العقد الغبن الفاحش، ولا الغبن اليسير.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ومن هذا الجنس مسائل : أحدها : هذه .

١٢٦٩٠- والثانية : المضارب إذا باع ممن لا تقبل شهادته له، فإنه لا يتحمل منه الغبن اليسير، كما لا يتحمل منه الغبن الفاحش .

١٢٦٩١- والثالثة : المريض إذا باع وعليه دين محيط بتركته، فإنه لا يتحمل منه الغبن اليسير، كما لا يتحمل منه الغبن الفاحش .

١٢٦٩٢- والرابعة : إذا باع رب المال شيئًا من مال المضاربة بعد ما صار رأس المال عروضًا، فإنه لا يتحمل منه الغبن اليسير، كما لا يتحمل منه الغبن الفاحش، والأصل فيه أن كل من تمكنت التهمة فى تصرفه، لا يتحمل منه لا الغبن اليسير، ولا الغبن الفاحش .

قلنا : والعبد فى تصرفه مع المولى متهم بالميل إليه، وكذلك المضارب متهم فى بيعه ممن لا تقبل شهادته له، وكذلك المريض متهم بالميل إليه، وكذلك المريض متهم؛ لجواز أنه قصد إيثار المشترى الغرماء، وعلم أنه لو أبرأ بطريق التبرع، ينقض تبرعه، فمال إلى طريق يروج إيثاره، وهو البيع، وكذلك رب المال متهم؛ لأنه بعد ما صار رأس المال عروضًا، لا يملك منع المضارب، ونهيه عن التصرف؛ لتعلق حقه فى الربح، فلعل أنه قصد الإضرار به لحرمانه عن الربح، ثم إذا باعه من مولاه بمثل قيمته، حتى جاز هذا البيع، فقبضه المولى، ووجد به عيبًا، إن كان المولى قد نقد الثمن، لم يملك رده على العبد؛ لأنه لا يفيد؛ لأن فائدة الرد فى مثل هذه الصورة الرجوع بالثمن، وهو ممتنع ههنا؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، سواء كان على العبد دين، أو لم يكن؛ لأن محل الدين ملكه، والإنسان لا يستوجب دينًا فى ملك نفسه، ولا يرجع بنقصان العيب على العبد أيضًا؛ لأن هذا القدر يصير دينًا له فى ملكه .

فإن قيل : المولى قد يستوجب على عبده دينًا؛ فإنه إذا باع شيئًا من عبده المأذون المديون بالدراهم أو الدنانير، فإنه يجوز، ويجب الثمن فى ذمة العبد، فإن حكم البيع بالدراهم والدنانير وجوب الثمن فى ذمة المشترى، على ما عرف من أصلنا أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى عقود المعاوضات؟

قلنا : بيع المولى من العبد المأذون المديون عندنا لا ينعقد موجبًا الثمن فى ذمة العبد، بل ينعقد فيما بين المتعاقدين، مفيدًا الملك فى الدراهم المعينة عند القبض على مثل البيع بشرط الخيار للمشترى [فإن البيع بشرط الخيار للمشترى][1] لا ينعقد موجبًا الثمن فى ذمة المشترى؛ لأن خيار الشرط يمنعه، بل ينعقد فيما بين المتعاقدين مفيدًا الملك فى الدراهم المعينة عند

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

القبض، وهذا لأن الدراهم والدنانير إن كانا لايتعينان فى عقود المعاوضات يتعينان عند القبض، فينعقد العقد فيما بين المتعاقدين فى الحال مفيداً الملك عند التعين بالقبض، وهذا الطريق مما لا يمكن تحقيقه فى الفسخ؛ لأن انعقاد الفسخ فيما بين المتعاقدين من غير أن يعود الثمن دينًا فى ذمة البائع، لا أصل له فى الشرع، وإن أراد المولى أو العبد الرجوع على البائع بشىء، لم يكن لهما ذلك، أما المولى فلأنه ما جرى بينهما معاقدة، والسبب المتخلل قائم، وأما العبد فلأن ما استفاد العبد من الملك من جهة إزالة عن ملكه إلى ملك مولاه، فلا يملك الرد عليه ما لم يعد حكم ذلك الملك بالرد على العبد، هذا إذا كان المولى قد نقد الثمن، وإن لم يكن نقد الثمن، كان له أن يرد على العبد؛ لأن الرد ههنا مفيد؛ لأن فائدة الرد فى مثل هذه الصورة سقوط الثمن عن ذمة المولى، وبراءته عن دين العبد، ولا يستحيل أن يبرأ المولى عن دين العبد، كما لو أداه إلى العبد حقيقة، فإذا رد على العبد بقضاء القاضى، عاد حكم الملك الذى استفاده العبد من جهة بائعه، فكان له أن يرد على بائعه، فإن سقط الدين عن العبد فى هذه الصورة قبل رد المولى العبد عليه، ثم أراد المولى رده على العبد، لم يكن له ذلك؛ لأن المولى قد برئ من الثمن حين تسقط الديون على العبد، فلم يكن فى هذا الرد فائدة، فلا يرد، هذا الذى ذكرنا إذا كان الثمن دراهم أو دنانير.

فإن كان الثمن عرضًا بعينه، أو مكيلا، أو موزونًا بعينه، ودين العبد قائم على حاله، فوجد المولى بالعبد عيبًا، رده على العبد إن كان الثمن قائمًا فى يد العبد على حاله؛ لأن الرد مفيد؛ لأن فائدة الرد ههنا استحقاق تسليم هذا العين إلى المولى، ولا يمنع أن يكون فى يد العبد عين واجب التسليم إلى المولى، كما لو غصب عن مولاه عينًا.

وإن كان العبد قد استهلك الثمن، لم يكن للمولى أن يرده؛ لأنه لا يستفيد به عين الثمن، وإنما يستفيد قيمته دينًا فى الذمة، والمولى لا يستوجب على عبده دينًا، وكذلك لو كان العبد باع العبد من المولى بمكيل أو موزون بغير عينه، ثم عينه المولى عند التسليم، لم يملك رده؛ لأن حقه لا يعود فى المقبوض بعينه، بل فى مثله دينًا فى الذمة، وهذا لأن حق المشترى عند الرد إنما يعود فيما يثبت فيه حق البائع وقت العقد؛ لأن الرد فسخ العقد، والعبد عند العقد استوجب على المولى مكيلا أو موزونًا دينًا فى الذمة، فالمولى عند الرد يستوجب على العبد مكيلا أو موزونًا دينًا فى الذمة أيضًا، فالمولى لا يستوجب على عبده دينًا، فلا يكون فى الرد فائدة، فلا يرد.

١٢٦٩٣- ولو كان العبد المأذون باع العبد من المولى بعرض بعينه، أو بمكيل، أو موزون

بعينه، وقبض المولى العبد، ووجد به عيبًا، فله أن يخاصم العبد فى الرد، حتى لو سقط الدين عن العبد، لا يملك المولى رد العبد، وإن كان الثمن قائمًا فى يد العبد على حاله؛ لأنه لا يستفيد بهذا الرد شيئًا؛ لأنه كما سقط الدين عن العبد، فقد تمكن المولى من أخذ الثمن من يد العبد بدون الرد عليه، بخلاف ما إذا كان الدين على العبد على حاله؛ لأن هناك المولى لا يتمكن من أخذ الثمن من يد العبد بدون الرد عليه، فكان الرد مفيدًا، أما هنا فبخلافه.

هذا كله إذا قبض المولى من العبد المأذون، فإن لم يقبضه حتى وجد به عيبًا، كان له أن يرده على العبد فى الوجوه كلها، وإنما كان كذلك لأن قبل القبض الصفقة غير تامة، لما عرف أن تمام الصفقة بالقبض، ولهذا لا يحتاج فى هذا الرد إلى قضاء القاضى، بل ينفرد به العاقد، ولما لم تكن الصفقة قبل القبض تامة، كان الرد امتناعًا عن إتمام العقد، والعاقد مختار فى تحصيل العقد وإتمامه، سواء كانت فيه فائدة حكمية، أو لم تكن، كما فى خيار الرؤية، وخيار الشرط، أما بعد القبض الصفقة قد تمت، ولهذا لا ينفرد العاقد بالرد، بل يحتاج فيه إلى قضاء القاضى، والقاضى لا يشتغل بما لا يفيد على ما مر، ولأن العيب قبل القبض لاحصة له من الثمن، فلا يتوقف صحة الرد بالعيب على استفادته بمقابلته شيئًا، ولا شىء بمقابلته، أما بعد القبض له حصة من الثمن، فإذا لم يستفد بمقابلته شيئًا، بطل، وإنما وقع الفرق باعتبار أن الفائت بالعيب وصف، فما دام فى يد البائع فهو تبع للمبيع، فلا يكون له حصة من الثمن، وإذا قبضه المشترى، فقد احتبس هذا الوصف عند البائع، وصار مقصودًا، وكان له حصة من الثمن.

توضيحه: أن الأوصاف والأتباع لا تفرد بالعقد، فلا يفرد بضمان العقد، وإنما يفرد بالفعل، فجاز أن يفرد بالضمان الذى يعود إلى الفعل، ولأن تقدير الحصة من الثمن للعيب قبل القبض يؤدى إلى التناقض، بيانه: أنا إذا قررنا للعيب حصة قبل القبض، لا يؤمن من أن يحدث فيه عيب قبل القبض، فينتقض التقدير الذى كان؛ لأن العيب الذى يحدث قبل القبض يكون محسوبًا على البائع، وما أدى إلى التناقض يكون باطلا، بخلاف ما بعد القبض، فأما إذا قررنا للعيب حصة من الثمن بعد القبض، لا يتوهم نقضه بعيب يحدث فيه؛ لأنه يكون محسوبًا على المشترى، فلا يؤدى إلى التناقض، فلهذا افترقا.

١٢٦٩٤- واستدل محمد رحمه الله تعالى فى "الكتاب" لبيان[1] أن العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن، وبعد القبض له حصة من الثمن بمسألتين: إحداهما: أن من اشترى

(١) وفى "م": فقال مكان لبيان.

عبدًا، ووجد به عيبًا قبل القبض، فصالحه ذلك العيب على جارية، صارت الجارية زيادة فى المبيع، ولم يكن عوضًا عن حصة العيب، حتى انقسم الثمن على العبد وعلى الجارية على قيمتها، ولم تكن حصة الجارية من الثمن حصة العيب، حتى لو وجد بأحدهما عيبًا، رده بحصته من الثمن، وإن كان ذلك بعد القبض كانت حصة الجارية من الثمن حصة العيب، حتى لو كان العيب ينقص العبد عشر قيمته، أكانت حصة الجارية عشر الثمن[١]؟

المسألة الثانية: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمبيع عيبًا، و رضى به، إن كان ذلك قبل القبض، لزم الموكل، كأنه اشتراه مع العلم بالعيب، وإن كان ذلك بعد القبض لا يلزم الموكل؛ لأن بعد القبض للعيب حصة من الثمن، فوجبت حصة العيب من الثمن للموكل، فصار الوكيل راضيًا بالعيب مبطلا حق الموكل الذى وجب له فى العيب، بخلاف العيب قبل القبض.

قال: ولو أن رجلا اشترى من رجل عبدًا، وقبضه، ونقد الثمن، ثم باعه المشترى من رجل آخر، وسلمه، ولم يقبض الثمن، ثم إن البائع الثانى وهب الثمن من المشترى الثانى، أو أبرأ منه، ثم إن المشترى الثانى وجد به عيبًا، وأراد أن يرد على البائع الثانى، ليس له ذلك، ولو كان ذلك قبل القبض كان له ذلك، والفرق بين قبل القبض وبعد القبض ما ذكرنا.

ولو كان للمشترى الثانى فيه [خيار الشرط، أو خيار رؤية، وباقى المسألة بحالها، فله أن يرده قبل القبض وبعد القبض؛ لأن خيا الشرط][٢] يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفة قبل القبض وبعده فى ذلك على السواء، وكان الرد امتناعًا عن الإتمام، فلا يتوقف صحته على استفادته بمقابلته شيئًا.

أما فى خيار العيب الصفقة قبل القبض ليست بتامة، فكان الرد امتناعًا عن الإتمام، فلايتوقف على الفائدة، وبعد القبض الصفقة تامة، فلم يكن الرد امتناعًا عن الإتمام، بل كان إلزامًا، فإذا لم يستفد بمقابلته شيئًا، لا يشغل به القاضى، فإنما سوينا فى خيار الشرط، وخيار الرؤية بين ما قبل القبض وبعده، وفرقنا فى خيار العيب بين قبل القبض وبعده لهذا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر فى البراءة عن العيوب:

١٢٦٩٥- إذا باع[1] شيئًا أنه برىء من كل عيب صح البيع، وتثبت البراءة من كل عيب، وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه: لا تصح البراءة، وعلى هذا الخلاف الإبراء عن الحقوق المجهولة، والصحيح مذهبنا؛ لأن الإبراء إسقاط فيه معنى التمليك، أما إسقاط بدليل أنه صح من غير قبول كالطلاق، والعتاق، وأما فيه معنى التمليك بدليل أنه يرتد بالرد، وأيّامًا كان، فالجهالة لا تمنع صحته، أما صحة الإسقاط فظاهر، وأما صحة التمليك فلأن هذا تمليك لايحتاج فيه إلى التسليم والتسلم؛ لأن ما وقعت البراءة عنه مسلم لمن وقعت البراءة له، فالجهالة إذا لم تمنع التسليم، والتسليم لا يمنع صحة التمليك، كما لو اشترى قفيزًا من صبرة، ويدخل فى هذه البراءة العيب الموجود، والحادث قبل القبض فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث، وهذا بناء على أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض، هل يصح هذا الشرط؟ عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يصح، وعند محمد لا يصح، وإذا كان من مذهب محمد أن البراءة عن العيب الحادث لايصح لو نص عليه، فعند الإطلاق أولى، وعند أبى يوسف لما صحت البراءة عنه حالة التنصيص عليه، فكذا حالة الإطلاق.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن هذا الإبراء قبل وجود السبب؛ لأن سبب الفسخ العيب، فالإبراء قبل وجود العيب يكون إبراء قبل وجود السبب[2]، والإبراء قبل وجود السبب لا يجوز، ولأبى يوسف رحمه الله تعالى أن حق المشترى فى صفة السلامة، لا فى الفسخ مقصودًا، وصفة السلامة تستحق بالعقد لاقتضاء مطلق العقد صفة السلامة، فصار الإبراء عن كل عيب إبراء عما يقتضيه مطلق العقد من صفة السلامة، وكان إبراء بعد وجود السبب؛ لأن سبب استحقاق صفة السلامة العقد[3].

١٢٦٩٦- ولو شرط أنه برئ من كل عيب له، لم يصرف إلى الحادث فى قولهم جميعًا، وكذلك إذا خص ضربًا من العيوب، صح التخصيص، ولو كانت البراءة عامة، واختلفا فى عيب، فادعى المشترى أنه حادث، وقال البائع: كان به يوم العقد، فالقول قول

(١) وفى النسخة "م": إذا اشترى.

(٢) وفى "م": وجود السبب الفسخ مكان وجود السبب.

(٣) وفى "م": لأن سبب الاستحقاق صفة السلامة فى العقد.

البائع في قول محمد رحمه الله تعالى، وقال زفر والحسن: القول قول المشتري، ولا يتأتى هذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن البراءة العامة عنده تتناول القديم والحادث، فلا يتأتى هذا الاختلاف على قوله: [إلا على رواية شاذة عنه أن البراءة العامة عنده لا تتناول الحادث][١]، فحينئذٍ على تلك الرواية جواب أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذه المسألة نظير الجواب عند محمد، وجه قول [زفر والحسن أن البراءة تستفاد من جهة المشتري، فيكون القول قوله فيما أبرأ، وجه قول][٢] محمد رحمه الله تعالى: إن الإبراء حصل بصفة العموم، فتناول العيوب كلها، فالمشتري بدعوى حدوث بعضها يدعي خروج شيء بعينه من اللفظ، فلا يقبل قوله.

ولو كانت البراءة عن كل عيب بها، واختلفا على نحو ما ذكرنا، فالقول قول المشتري؛ لأن الإبراء يتناول عيبًا موصوفا بكونه قائمًا به للحال، فلا يدخل تحته إلا ما يثبت بالحجة أنه بذلك الوصف.

١٢٦٩٧- قال هشام: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: رجل اشترى من رجل جارية، وقال البائع للمشتري: أنا بريء من يدها، ولم يذكر عيبًا، فوجد بيدها عيبًا، قال: هو بريء، قلت: وإن قال: أنا بريء منها، قال: لا يبرأ عن العيب؛ لأنه لا يقع هذا عن البراءة عن العيب في كلام الناس.

١٢٦٩٨- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل ثوبًا، وأراه البائع خرقا فيه، فقال المشتري: أبرأتك عن هذا الخرق، ثم جاء المشتري بعد ذلك، يريد قبض الثوب، فإذا فيه ذلك الخرق، فقال المشتري: ليس هذا الخرق مثل ما رأيته، حين أبرأتك حين رأيته كان شبرًا، والآن ذراع، فالقول قوله في ذلك، وكذلك القول قوله في زيادة بياض عين الجارية.

١٢٦٩٩- وفي "نوادر إبراهيم": عن محمد رحمه الله: إذا قال: أبرأتك عن كل عيب بعينه، فإذا هو أعور لا يبرأ، وكذلك إذا قال: عن كل عيب في يده، فإذا يده مقطوعة، لا يبرأ، وإن كان إصبع من يده مقطوعة، يبرأ، وإن كان إصبعان مقطوعتان، فهذا عيبان، لا يبرأ، وإن كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف، فهذا عيب واحد، فيبرأ، وفي كتاب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

العقد عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال : أبرأتك عن كل عيب بعينها ، فإذا هى عمياء ، فهو برىء ، ولو قال : أبرأتك عن كل عيب بكفها ، فإذا هى مقطوعة الكف لا يبرأ ؛ لأن الكف بعد القطع لايسمى كفًا ، فأما العين بعد العمى تسمى عينًا ، ففى مسألة العين الإبراء صادف محله ، فصح ، وفى مسألة الكف الإبراء لم يصادف محله ، فلم يصح .

١٢٧٠٠- وفى "نوادر ابن سماعة" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا باع جارية ، وقال : برئت إليك من كل عيب إلا من عيب بكفها ، أو إلا من عيب بعينها ، فوجدها يابسة الكف ، أو وجدها عمياء ، فهو برىء منها ؛ لأنه قد سمى ذلك العيب له ، فهو برىء منه حين أخبره به ، وكذلك إذا قال : أنا برىء من كل عيب بهذا العبد إلا إباقه ، فوجده آبقًا ، فهو برىء منه ، ولو قال : إلا الإباق ، فله أن يرده بالإباق .

١٢٧٠١- ولو باع ثوبًا ، وبرأ عن كل خرق به ، دخل تحت البراءة كل خرق كانت مرفوءة ، أو غير مرفوءة ، مخيطة كانت ، أو غير مخيطة ، وكذلك إذا باع عبدًا ، وبرأ من كل قرح به ، دخل تحته القروح الدامية ، وآثار قروح قد برأت ، ولا يدخل تحته آثار الكى ؛ لأن الكى غير القرح .

١٢٧٠٢- وفى "المنتقى" : إذا باع سلعة ، وقال : برئت إليك من العيب به ، أو قال : برئت إليك من عيب به ، فهذا على عيب واحد ، فإن وجد بها عيبان ، فهو برىء من أحدهما .

وفى "نوادر المعلى" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل اشترى من آخر جارية ، وبرئ البائع إليه من كل آمة برأسها ، فإذا برأسها موضحة ، وليس برأسها آمة ، لا يبرأ عن الموضحة .

١٢٧٠٣- ولو برأ إليه من كل سن لها سوداء ، فهو برىء من كل سن لها سوداء ، أو حمراء ، أو خضراء ، وكذلك لو برأ إليه عن ثنيتها السوداوين ، فكانتا حمراوين ، فهو برىء منهما .

قال المعلى : سألت محمد رحمه الله تعالى عن ذلك ، فقال : كقوله : فى الآمة ، ولم يبينه .

١٢٧٠٤- وقال القدورى : وإذا اشترى عبدًا واحدًا على أن به عيبًا واحدًا ، فوجد به عيبين ، وقد تعذر رده بموت ، أو ما أشبه ذلك ، فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى الخيار إلى [البائع ، وقال محمد : الخيار](١) إلى المشترى ، يرجع بنقصان أى العيبين شاء ، فيقوم وبه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

العيبان، ويقوم وبه العيب الذى لا يريد الرجوع بنقصانه، فيرجع بفضل ما بينهما، وإنما كان الخيار إلى المشترى عند محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه هو المبرئ عن العيب، فكان تعيين[1] ما وقعت البراءة عنه إليه.

قال في "الزيادات": وكذلك إذا وجد به ثلاثة عيوب، وتعيب عنده بعيب زائد حتى تعذر الرد، يرجع بنقصان العيبين من الثلاثة، أى ذلك شاء عند محمد رحمه الله تعالى، فيقوم وبه العيب الذى لا يريد الرجوع بنقصانه، ويقوم وبه العيوب الثلاثة، فيرجع بفضل ما بينهما.

١٢٧٠٥- وفيه أيضًا: إذا اشترى عبدين على أن بأحدهما عيبًا، فوجد بأحدهما عيبًا، فليس له حق الرد، ولو وجد به عيبين، فله حق الرد، وكذلك لو وجد بكل واحد عيبًا، فله حق الرد، وبعد ذلك ينظر إن كان ذلك قبل القبض ردهما جميعًا، وإن كان بعد القبض رد أيهما شاء، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، فالخيار إلى المشترى عند محمد؛ لأن الخيار إنما يثبت للمشترى حقًا له، فكان التعيين إليه، فإن كان قبض أحد العبدين، ولم يعلم بالعيب فيه، ثم علم بالعيب بالعبد الآخر، وقبضه مع العلم بالعيب [ثم علم بالعيب بالذى قبضه أولا، كان له أن يرد أيهما شاء، وإن أراد رد الذى قبضه مع العلم بالعيب][2]، فقال البائع: ليس لك أن ترده؛ لأنك رضيت بعيبه حين قبضته مع العلم بالعيب، لا يلتفت إلى قول البائع؛ لأن القبض مع العلم بالعيب إنما يكون رضا بالعيب إذا كان عيبًا يثبت له حق الرد، وهذا العيب ما كان يثبت له حق الرد؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد بأحدهما، وحين قبض الثانى مع العلم بالعيب، فالعيب بالأول لم يكن معلومًا، فهذا العيب ما كان يثبت له حق الرد، وكان قبض الثانى مع العلم بالعيب وجوده وعدمه بمنزلة، فإذا باع من آخر عبدًا على أن لا عيب به، ولكن تبرأ إليه من عيب واحد، فاشتراه على ذلك، وقبضه، ثم وجد به عيبين، وقد تعذر رده بسبب من الأسباب، يرجع بنقصان أى العيبين شاء من قيمته صحيحًا؛ لأنه وإن ذكر عيبًا واحدًا، ولكن نص فى الابتداء على أنه لا عيب به، فيتناوله العقد سليمًا، بخلاف ما إذا لم يقل: فى الابتداء على أنه لا عيب به، فإن هناك يرجع بنقصان أى العيبين شاء من قيمته معيبًا بالعيب الآخر.

ولو اشترى عبدين على أنه برىء من كل عيب بأحدهما، فقبضهما، ثم وجد بأحدهما

---

(١) وفى النسخة "م": يعتبر مكان تعيين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عيوبًا، لا يكون له أن يرده، فإن استحق الآخر بعد ذلك، رجع بحصته من الثمن، فيقسم الثمن عليهما وهما صحيحان، ولو اشتراهما على أنه بريء من ثلاث شجاج بأحدهما، فوجد بأحدهما ثلاث شجاج، واستحق الآخر، فإنه يقسم الثمن على المستحق، وهو صحيح، وعلى الآخر وهو مشجوج بثلاث شجاج؛ لأن فى الوجه الأول دخلا فى العقد سليمًا، بخلاف الوجه الثانى، والأصل فى جنس هذه المسائل أن البراءة [عن كل عيب لا يكون إقراراً بوجود العيب لعلمنا يقينًا أن العبد الواحد لا تجتمع فيه العيوب كلها، فيجعل مجازاً عن إلزام العقد، وإبراءه بالامتناع عن التزام صفة السلامة، وشرط البراءة][١] عن بعض العيوب إقراراً بوجوده، إذ لو لم يكن إقراراً بوجوده لم يكن لتخصيص العيوب معنى وفائدة، ألا ترى أن قوله: لا عيب به مطلقًا، لم يجعل إقراراً بنفى العيوب كلها؛ لأن الإنسان لا يخلو عن قليل عيب، والعمل بالحقيقة غير ممكن، فيسقط اعتبار الحقيقة، ويجعل قوله: لا عيب به مجازاً عن الترويج، حتى إن من عرض عينًا على رجل، وقال: اشتر، فإنه لا عيب به، فلم يتفق بينهما بيع، ثم وجد به عيبًا، كان له أن يرده على بائعه، وليس لبائعه أن يحتج عليه بقوله عند العرض: لا عيب به، وتخصيص بعض العيوب بالنفى يكون إقراراً بانتفاء ذلك العيب [حتى من عرض عينًا على رجل، وقال: اشتر فإنه ليس به عيب كذا، فلم يتفق بينهما بيع، ثم وجد به ذلك العيب][٢] لم يكن له أن يرده على بائعه بذلك العيب، وجعل قوله: ليس به عيب كذا إقراراً بانتفاء ذلك العيب؛ لأن العمل بالحقيقة ههنا ممكن، فإن الإنسان لا يخلو عن عيب متعين، فكذا ههنا، والدليل على صحة ما قلنا ما ذكر فى الكتاب: إن من اشترى من رجل عينًا، ثم أراد أن يرده بالعيب، فشهد شاهدان على البائع، تبرأ عن كل عيب به، ثم اشتراه أحد الشاهدين، ثم وجد به عيبًا، فأراد رده، كان له ذلك، فلم يجعل الشهادة عن البراءة عن كل عيب إقراراً بالعيب.

وبمثله لو شهد على أن البائع تبرأ عن عيب كذا، ثم اشتراه أحد الشاهدين، ثم وجد به ذلك العيب، لا يكون له حق الرد، وجعل الشهادة على البراءة عن عيب مخصوص إقراراً بوجود ذلك العيب، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا أبرأه عن كل عيب، دخل فيه العيوب والأدواء، ولو أبرأه عن كل داء دخل فيه السقم والمرض، ولا يدخل فيه الكى، ولا أثر

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا.

قرح قد برأ، ولا الإصبع الزائدة، والحاصل أن الداء داخل فى العيب، أما العيب غير داخل فى الداء، ولو أبرأه عن كل غائلة دخل فيه السرقة، والإباق، والفجور، ولا يدخل فيه الكية، ولا أثر القروح، ولا الدمل، ولا الثؤلول، ولا الأمراض، وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الداء المرض[1] الذى فى الجوف طحال، أو كباد، والغائلة السرقة، والإباق، والزنا.

نوع آخر فى الضمان عن العيوب:

وفى "نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: اشترى من رجل جارية عبدًا، وضمن له رجل عيوبه، فوجد به عيبًا، ورده، فلا ضمان عليه فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى، وهذ على العهدة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو ضامن للعيوب، هذا مثل ضمان الدرك فى الاستحقاق، وكذلك لو ضمن له رجل ضمان السرقة، أو العتاق، فوجده حرًا، أو مسروقًا، ضمن، وكذلك لو ضمن له رجل العمى، والجنون، فوجده كذلك، رجع على الضامن [بالثمن، ولو مات عنده قبل أن يرده، وقضى على البائع بنقصان العيب، كان للمشترى أن يرجع بذلك على الضامن، ولو][2] ضمن له بحصة ما يحدث من العيوب فيه من الثمن، فهو جائز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، فإن رده المشترى، رجع على الضامن بجميع الثمن، وإن لم يرده، وقضى له على البائع بحصة العيب، يرجع على الضامن بذلك، كما يرجع على البائع.

١٢٧٠٦- ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: لو اشترى رجل عبدًا، فقال له رجل: ضمنت لك عماه، وكان أعمى، فرده على البائع، لم يرجع على ضامن العمى بشىء، ولو قال: إن كان أعمى، فعليه حصة العمى من الثمن، فرده بالعمى بشىء، كان له أن يضمن حصة العمى.

ولو اشترى عبدًا، فوجد به عيبًا، فقال له رجل: ضمنت لك هذا العيب، لم يلزمه شىء، وفى "واقعات الناطفى": لو قال المشترى للبائع: أنت برىء من كل حق لى قبلك، دخل العيب تحت الإبراء، وهو المختار، ولو دخل تحت الدرك؛ لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا.

---

(١) وفى النسخة "م": أن أثر المرض.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر منه فى الصلح عن العيوب:

قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": إذا اشترى الرجل من آخر عبداً بألف درهم، وقبضه منه، ونقده الثمن، ثم وجد به عيبًا، فأنكر البائع أن يكون باعه، وبه ذلك العيب، ثم صالحه البائع على أن يرده عليه دراهم مسماة حالة، أو إلى أجل، فهو جائز، والحاصل أن الناس تكلموا فى المشترى إذا وجد بالمبيع عيبًا، أن حقه فيماذا، والأصح أن فى ابتداء ما يجد به العيب حقه فى الجزء، والفائت يطالب به[1] البائع؛ لأنه ضمن له التسليم بالعقد، ومن العيوب ما يكون بعرض الزوال، وإذا زال، صار قادراً على تسليمه، فقيل يطالبه فى الابتداء به، ثم إن البائع يعجز عن تسليمه إليه لفواته، فينفسخ البيع فيه، ويصير حق المشترى فى حصة العيب من الثمن، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن، يعتبر استيفاء بحصة العيب من الثمن، ويجوز حالة مؤجلة، وإذا وقع على خلاف جنس الثمن، يعتبر معاوضة بين المأخوذ وبين حصة العيب من الثمن، وفيما إذا صالح عن العيب على أكثر من حصته من الثمن، فطريق الجواز أن بمقدار حصة العيب هذا استيفاء لحصة العيب، وما زاد على ذلك، فالبائع حط عنه من الثمن، ولو صالحه من العيب على دينار، فإن نقده قبل أن يتفرقا، فهو جائز، وإن افترقا قبل أن ينقد، بطل الصلح، ولو كان المشترى باعه، وانتقد الثمن، ثم اطلع على عيب به، فصالحه بائعه منه على دراهم، لم يجز؛ لأنه لا حق للمشترى بعد ما باعه، لا فى الرد بالعيب، ولا فى الرجوع بنقصان العيب، فإنما صالح بما ليس بحق له، فإن كان العبد مات عند المشترى الثانى، فرجع على بائعه بنقصان العيب، ثم إن البائع الثانى صالح المشترى الأول على صلح، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الصلح باطل، وعندهما صحيح، بناء على أن المشترى الثانى إذا رجع على بائعه هل لبائعه أن يخاصم البائع الأول؟ عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ليس له ذلك، خلافًا لهما.

وذكر فى المأذون: إذا حدث به عيب عند المشترى الآخر، فيرجع على بائعه بالنقصان، ليس لبائعه أن يرجع على البائع[2]، ولم يذكر فيه خلافًا.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى، منهم من قال: هو قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، ومنهم من قال: هو قول الكل، وفرق لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بين

(١) وفى النسخة "م": فى الجزء الفائت بإلزام البائع؛ لأنه ضمن له تسليمه بالعقد، ومن العيوب.

(٢) وفى "م": على البائع الأول.

المسألتين، والفرق أن في تلك المسألة للبائع الأول أن يقول للمشترى الأول: سبيلك أن تقبل منه لأقبل منك، فإن لم يقبل، فأنت الذى فوت حقك، فلا يمكنه الاحتجاج عليه ههنا، فقلنا: بأنه يرجع عليه، وإن كان الثمن مكيلا، أو موزونًا بغير عينه، وبين الكيل والوزن، وتقابضا، ثم وجد بهما[1] عيبًا، فصالح، فإن وقع الصلح على بعض الثمن من جنسه، فهو استيفاء لا استبدال، فيجوز حالا ومؤجلا، سواء كان الثمن قائمًا في يد المشترى، أو كان مستهلكًا، وإن وقع الصلح على خلاف جنس الثمن، فهو معاوضة، ففى كل موضع حصل الافتراق فيه عن عين بدين، يجوز، وفى كل موضع حصل الافتراق عن دين بدين لا يجوز.

وإن كان الثمن مكيلا، أو موزونًا بعينه، وتقابضا، فصالحه على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلا، أو بعينه، فهو جائز إن كان الذى أخذه عوضًا عن الجارية مستهلكا، وإن كان الذى هو ثمن قائمًا بعينه، لم يجز الصلح على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلا، وجاز حالا إذا أوفاه إياه قبل أن يتفرقا، أو كان بعينه؛ لأن الثمن في هذه المسألة تعين في العقد بالتعيين، فكان حق المشترى في عين ما أدى، فكان ما وقع عليه الصلح عوضًا عما استوجب عليه، ومبادلة المكيل والموزون بجنسه مؤجلا، لا يجوز، وفي المسألة الأولى الثمن استحق بالعقد دينًا، فإنما يرجع بحصة العيب من ذلك، لا من عين[2] المقبوض، فجاز الصلح على مثله حالا ومؤجلا [وكتبت في كتاب المزارعة، لو زال البياض بمعالجة المشترى، لا يرد الدراهم على البائع][3].

ولو طعن في بياض بعينها، فصالحه البائع عن ذلك على إن حط عنه درهمًا، كان جائزًا، فلو أنه انجلى البياض بعد ذلك، رد الدراهم على البائع، وكذلك لو طعن بحبل فيها، فصالحه البائع على [أنه حط عنه درهمًا، ثم ظهر أنه لم يكن بها حبل، فإنه يرد الدرهم، وكذلك لو اشترى أمة، فوجدها منكوحة، فأراد أن يردها على البائع، فصالحه البائع على][4] دراهم، ثم طلقها الزوج طلاقًا بائنًا، كان على المشترى رد الدراهم.

١٢٧٠٧- اشترى كر حنطة بكر حنطة [ثم طعن بعيب بأحدهما، فصالحه الآخر على

---

(١) وفي "م": ثم وجد بالعبد عيبا.

(٢) كذا في "ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": غير مكان عين.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

دراهم، أو على قفيز حنطة][1]، أو على قفيز شعير، لم يجز؛ لأن الحنطة بالحنطة مثل بمثل، فتكون الزيادة ربا، كما لو قال عند ابتداء العقد، وإذا لم تصح الزيادة، هل يفسد البيع إن كان بلفظ الصلح، بأن قال: صالحتك عن العيب على هذه الدراهم، لا يفسد، وإن كان بلفظ الزيادة، بأن قال: صالحتك على أن أزيد لك قفيز حنطة، أو دراهم، فسد البيع عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن الزيادة تلحق بأصل العقد، ولو كان موجودًا لدى العقد كان العقد فاسدًا، كذا ههنا.

صالحه من كل عيب على درهم، جاز، سواء طعن المشترى بعيب، أو لم يطعن؛ لأن هذا إبراء عن العيوب المجهولة بعد وجود سبب الحق له، وذلك صحيح، ولو اشترى العيوب منه بدرهم، لا يجوز؛ لأن الشراء والصلح وقع عن حصة العيب من الدراهم، وذلك مجهول، إلا أن مثل هذه الجهالة تمنع صحة البيع، ولا تمنع صحة الصلح.

ولو صالحه من العيب على ركوب دابته فى حوائجه شهرا، فهو جائز، قالوا: وتأويله إذا شرط ركوبه فى المصر، وأما إذا شرط ركوبه خارج المصر، أو أطلق، لايجوز لمكان الجهالة، نص على هذا التفصيل فى كتاب الإقرار.

صالحها من عيب الغلام على أن يزوج نفسها منه، صح، وكان هذا إقرارًا بالعيب؛ لأن النكاح لا يصح إلا بمال، وكان كالبيع إذا باعت ثوبًا بحصة من العيب، كان إقرارًا منها بالعيب؛ لأن البيع لا يصح إلا بمال، بخلاف الصلح.

١٢٧٠٨- اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا، وخاطه، فباعه بعد ذلك، أو لم يبعه، ثم اطلع على عيب، أو كان البيع بعد ظهور العيب، ثم صالحه من العيب على دراهم جاز؛ لأن حقه قد تقرر فى الرجوع بنقصان العيب بسبب الخياطة، ألا ترى لو كان فى يده، ليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فإنما صالحه عن حقه، وكذلك إذا صبغه بصبغ أحمر، ثم باعه، أو لم يبعه، حتى صالح من العيب، ولو قطعه، ولم يخطه حتى باعه من العيب، لا يصح؛ لأن حقه لم يتقرر فى الرجوع بنقصان العيب؛ لأن القطع المجرد نقصان، ألا يرى أن للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فإنما صالح عما ليس بحق له، والسواد بمنزلة القطع المفرد عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما بمنزلة القطع مع الخياطة.

صالحه على أن أبرأه عن كل عيب، فهو جائز سمى، أو لم يسم، خلافًا لابن أبى ليلى، وكان أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يحتاط فى ذلك، ويقول: يكتب فى الصك الصلح برأت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

من كل عيب سميته، وعرفته، أو يكتب في الصك أنه باع العبد، وخرج عن ملكه، ثم عاد إلى ملكه بصدقه، أو ما أشبهها، أكثر ما في الباب أن هذا حيلة بالكذب، إلا أن الكذب مباح لإحياء حقه، ولدفع الظلم عن نفسه، كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل بحيث لا يمكنه الإشهاد، فإذا أصبح يشهد، ويقول علمت الآن، وكذلك الصغيرة تبلغ في جوف الليل، فإذا أصبحت، قالت: بلغت الآن، واخترت نفسي، فيرخص فيه، كذا ههنا.

وحيلة أخرى أن يعلق المشترى عتقه بمخاصمة في عيب يحدثها، فإذا خاصم عتق العبد، ولا يمكنه الرد، ولا الرجوع بنقصان العيب.

طعن بعيب في عينها، ثم صالحه البائع عن عينها على شيء جاز، وإن لم يذكر العيب، وجعل تسميته محل العيب، بمنزلة تسمية العيب.

١٢٧٠٩- وقال في "الأصل": اشترى أمة بخمسين دينارًا، وقبضها، وطعن المشترى بعيب بها، فاصطلحا على أن قبل البائع السلعة، ورد عليه تسعة وأربعين دينارًا [وقبضها](١)، فالرد جائز، وهل يطيب للبائع ما استفضل من الدينار، ينظر إن كان البائع مقرًا أن هذا العيب كان عنده على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يطيب، ويجب عليه رده على المشترى، وعلى قياس قول أبي يوسف: لايلزمه الرد؛ بناء على أن عند أبي يوسف رحمه الله: الإقالة بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل يعتبر بيعًا جديدًا لا إقالة، فلا يلزمه الرد.

وأما إذا كان جاحدًا أن هذا العيب كان عنده إن كان عيبًا، لا يحدث مثله، فكذلك الجواب، وإن كان عيبًا يجوز أن يحدث مثله، طاب الفضل للبائع بالاتفاق، وإن لم يقر، ولم ينكر، بل سكت، فهو وما لو أنكر سواء.

ولو كان المشترى أخذ ثوبًا، وقبل منه السلعة على أن يرد الثمن كله عليه، هذا وما لو حبس شيئًا من الثمن سواء، وإن كان مكان الثوب دراهم، فإن قبضها في المجلس، فالجواب كما ذكرنا، وإن كانت إلى أجل لا يجوز على كل حال.

١٢٧١٠- اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا، ولم يخطه، ثم وجد به عيبًا، أقر بالبائع أنه كان عنده، فصالحه البائع على أن قبل البائع الثوب، وحط المشترى عنه الثمن مقدار درهمين، كان جائزًا، ويجعل ما احتبس عند البائع من الثمن بمقابلة ما انتقص بفعل المشترى.

وقال في "الأصل" أيضًا: طعن المشترى بعيب جحده البائع، فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة، ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط، ورضي به الأجنبي، فالبيع من

---

(١) هكذا في النسخة "ظ".

الأجنبى جائز ؛ لأن المشترى باع ملك نفسه ، وحطه أيضًا جائز ؛ لأن حطه لاقى ملك نفسه ، وهو الثمن ، ويكون هذا من المشترى رضا بالعيب ، وحط البائع لا يجوز ؛ لأنه لاقى ملك الغير ، وكان للأجنبى الخيار ، إن شاء أخذ بماوراء العشرة من الثمن ، وإن شاء ترك ؛ لأنه إنما اشترى ليسلم له المشترى بما وراء العشرين من الثمن ، وتبين أنه إنما سلم له بماوراء العشرة ، وهذه المسألة تدل على أن المشترى إذا ظهر له أنه صار مغبونًا على وجه لا يتغابن فى مثله أن يثبت له الخيار ، وأدلة الكتب متعارضة ، ظاهر الجواب أنه لا خيار له .

١٢٧١١ - وعن محمد رحمه الله تعالى : فيمن اشترى صبرة حنطة ، فوجد فى أسفله دكانًا ، فله الخيار ، وإذا اشترى طعامًا فى حفرة ، ثم علم مقداره ، يثبت له الخيار ، وهو خيار التكشف ، وخيار الكمية .

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : كان القاضى الإمام يقول : الفقيه عبد الله كان يفتى بثبوت الخيار للمشترى إذا صار مغبونًا ، وكان يقول : هب كان فى المسألة روايتان ، فاختار هذه الرواية رفقًا بالناس ، وإذا كان الثمن عشرة مثلا ، فاصطلحا على أن يأخذ هذا الآخر الثوب بثمانية [على أن حط البائع الأول عن المشترى الأول درهمًا ، جاز ، وصار الثوب للأجنبى بثمانية][1] ، وحط البائع الأول عن المشترى الأول درهمًا ، جائز ، سواء كان قبل قبض الثمن ، أو بعده ، لما عرفه أن الحط بعد قبض الثمن صحيح .

١٢٧١٢ - اشترى ثوبًا بعشرة ، وتقابضا ، وسلمه المشترى إلى قصار ، فقصره ، وجاء به متخرقًا ، فقال المشترى : لا أدرى عند القصار تخرق أو كان به عند البائع ، ، فاصطلحا على أن يقبل المشترى الثوب ، ويرد القصار عليه درهمًا على أن يأخذ القصار منه أجرة ، وعلى أن يحط البائع عن المشترى درهمًا ، فذلك جائز ، وكذلك لو كان هذا الصلح على أن يقبله البائع منه .

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : وهذا إشارة إلى أنه إذا صالحه على أن يقبله البائع ، ويغرم القصار له درهمًا ، ويترك له المشترى درهمًا أنه يجوز ، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : وهو غلط ؛ لأن اشتراط ترك الدراهم على المشترى صحيح ؛ لأن البائع جاحد للعيب ، أما اشتراط الدراهم على القصار باطل ؛ لأنه ما كان بينه وبين القصار سبب يستوجب به الضمان عليه ، وفى زعمه أنه يملك الثوب ابتداء من جهة المشترى بعد ما تخرق فى يد القصار ، فاشتراط أخذ الدراهم منه هدر ، إلا أن يكون تأويله أن القصار يضم الدراهم أولا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

للمشترى، ثم المشترى يدفع ذلك إلى البائع ليقبل البيع منه، فحينئذٍ يجوز؛ لأنه يزعم أنه يملك البيع ابتداء، وهذه الزيادة بدل ما تلف عند القصار، فكان له أن يأخذ إذا رد جميع الثمن، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: تأويل المسألة أن يقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب من المشترى على أنه يحط المشترى عن البائع درهمًا، ويأخذ المشترى من القصار درهمًا، ويعطيه المشترى أجره.

وفى "فتاوى الفضلى": اشترى من آخر جارية، ووجد بها عيبًا، فاصطلحا على أن يدفع البائع كذا درهمًا، والجارية للمشترى، فهو جائز؛ لأن هذا صلح عن العيب، وإن اصطلحا على أن يدفع المشترى ذلك، والجارية للبائع لا يجوز؛ لأنه ربا، إلا إذا باعه منه بأقل من الثمن الذى أشتراها منه بعد أن كان نقد الثمن كله.

١٢٧١٣- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا، ووجد به عيبًا قبل أن يقبضه، وصالحه من العيب على عبد آخر، وقبضهما المشترى، ثم استحق أحد العبدين، رجع المشترى بحصة المستحق من الثمن أيهما كان، كأنه اشتراهما جميعًا، ولو قبض العبد المشترى، ثم وجد به عيبًا، فصالحه عنه على عبد، ودفع الثمن، ثم استحق العبد المشترى، يبطل الصلح فى العبد الثانى.

وفى "نوادر ابن سماعة" أيضًا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى جارية، ووجد بها عيبًا قبل القبض، أو بعده، فصالحه البائع على جارية أخرى، ثم استحقت الجارية الأولى، بطل الصلح.

١٢٧١٤- وفى "المنتقى": رجل اشترى من آخر كر حنطة بعشرة دراهم، وقبض الكر، ولم يدفع الثمن حتى وجد بالكر عيبًا ينقصه العشرة، فأراد رده، فصالحه البائع عن العيب على كر شعير بعينه، فإنه جائز، وحصة الشعير لنقصان العيب، وإن كان بغير عينه ووصفه، وسمى أجله، فهو باطل؛ لأنه صار بمنزلة سلم، لم يدفع إليه رأس ماله، فإن دفع إليه عشر[1] الثمن، وقال: هذا حصة كر الشعير، فهو جائز، والشعير سلم، وكذلك إذا دفع إليه كل الثمن، ولو دفع إليه عشر الثمن، ولم يقل عشر هذا حصة الشعير، فإن اذى نقده من جميع الثمن، فيثبت عشر كر الشعير، ويبطل تسعة أعشاره.

---

(١) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": غير الثمن.

نوع آخر منه:

١٢٧١٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": عبد ودار في يدي رجل، أقام رجل بينة أنه باعه من ذي اليد بألف درهم، وأقام آخر بينة أنه باعه من ذي اليد بمائة دينار، قضى القاضي بالثمنين على ذي اليد؛ لأن المبيع إذا كان مسلمًا إلى المشتري، كانت الحاجة إلى إثبات الثمن، والثمن دين، فصار كما لو ادعى أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، وإن أقام كل واحد منهما بينة على أن العبد عبده، باعه من ذي اليد بما يدعيه من الثمن؛ لأن المبيع إذا كان مسلمًا إلى المشتري، لايحتاج كل واحد منهما إلى إثبات الملك لنفسه [فصار وجود هذا القول والعدم بمنزلة، وكذلك إذا ادعى واحد منهما النتاج، لا ترجح به؛ لأن كل واحد منهما غير محتاج إلى إثبات الملك لنفسه[1] ليترجح بالنتاج، فإن وجد المشتري بالعبد عيبًا، وأراد أن يرده، ليس له أن يرده عليهما؛ لأنه إذا رد عليهما كان رادًا على كل واحد منهما النصف، وكل واحد زعم أنه باعه كله، وكان له أن لا يقبل النصف مع عيب الشركة، ولكن يردهما على أيهما شاء؛ لأن في زعم كل واحد أن البائع هو، وأن للمشتري حق الرد عليه، وحق استرداد جميع الثمن منه، وفي زعم المشتري أن له حق استرداد كل الثمن من كل واحد منهما، فلهذا كان له أن يرد على أيهما شاء، ويسترد الثمن منه، وإذا رده على أحدهما، لا يكون له على الآخر سبيل، لا في الرد، ولا في الرجوع بنقصان العيب، أما في الرد لعجزه عن ذلك حين رد على الأول، وأما في الرجوع بنقصان العيب لأن في زعم الآخر أني بعته منه، وأن له حق الرد بالعيب عليّ، لا على صاحبي، فإذا رد بالعيب على صاحبي مع أنه ليس له حق الرد عليه، كان ذلك بمنزلة تمليك مبتدأ، وبه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب، فإن لم يرده بالعيب على أحدهما حتى تعيب عند المشتري بعيب زائد، لايكون له حق الرد عليه، ولكن يرجع بنقصان العيب على أيهما شاء؛ [لأن في زعم كل واحد منهما أن له حق الرجوع بنقصان العيب، وهو يدعي على كل واحد منهما جميع الثمن، فقد اتفقا على استحقاق قدر النقصان بالعيب، فيرجع على أيهما شاء][2] بالنقصان إذا قبله كذلك، فحينئذٍ يرد عليه؛ لأن امتناع الرد إنما كان دفعًا للضرر عنه، فإذا رضي به، كان للمشتري أن يرد عليه، فإن أبى أن يرده عليه، وأعطاه النقصان، كان للمشتري أن يرجع على الآخر بنقصان العيب.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين "ف" و "م".

فرق بين هذا وبين ما لو رد عليه على أحدهما حيث لا يكون له على الآخر سبيل، والفرق بينهما أن فى فصل الرجوع على أحدهما بنقصان العيب [فى زعم الآخر أن للمشترى حق الرجوع على بنقصان العيب][1]، وحق استرداد جميع الثمن من صاحبى؛ لأن صاحبى أخذ ذلك منه بغير حق، فإذا أخذ منه قدر النقصان، فقد أخذ منه بعض حقه، وهذا لا يوجب سقوط حقه فى الرجوع بنقصان العيب على، أما فى فصل الرد فى زعم الآخر أن للمشترى حق الرد على بالثمن، لا على صاحبه، فإذا رد عليه، ولم يكن له حق الرد عليه، كان ذلك بمنزلة بيع جديد، وبه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب.

ولو مات العبد، ثم اطلع على عيب قديم، رجع بنقصان العيب عليهما إن شاء، لما مر.

١٢٧١٦- ولو قطعت يد العبد عند المشترى، وأخذ المشترى أرشها، ثم وجد به عيبًا قديمًا، كان له أن يرجع بالنقصان عليهما؛ لأن الأرش زيادة منفصلة، والزيادة المنفصلة مانعة من الرد بالعيب، فيكون له حق الرجوع بنقصان العيب عليهما لما مر.

فإن قال أحدهما: أنا أقبله كذلك، ليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد بسبب الزيادة إنما كان لحق الشرع، تحرزا عن الربا، فلا يسقط ذلك برضا العبد، فإن باعه المشترى [بعد ذلك، لايبطل حق الرجوع بنقصان العيب، بخلاف ما إذا وجد به عيبًا تعيّب عنده بعيب زائد، ثم باعه المشترى][2]، فإنه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب.

والفرق وهو أن البيع إنما يوجب بطلان حق الرجوع بنقصان العيب فى موضع بقى حق الرد فى نفسه بعد حدوث العيب ليصير المشترى بالبيع راضيًا بذلك العيب، فيبطل حقه من كل وجه، وفيما إذا تعيب المبيع بعيب زائد، بقى للمشترى حق الرد فى نفسه، ولهذا لو قال البائع: أنا أقبله كذلك، كان له أن يرده عليه، وبالبيع يبطل حقه من كل وجه، أما بعد القطع لم يبقَ له حق الرد فى نفسه، ولهذا لو قال البائع: أنا أقبله كذلك، لا يملك الرد، فإذا لم يبق حقه فى الرد تعذر حقه فى النقصان قبل البيع، فلا يبطل بالبيع، فإن كان أقام أحدهما البينة أنه عبده باعه من ذى اليد يوم الجمعة بمائة دينار، يقضى بالثمنين؛ لأن الحاجة ههنا إلى إثبات الثمن، فإن وجد به عيبًا، رده على الثانى، وكذلك لو تعذر الرد بالعيب، يرجع بنقصان العيب على الثانى دون الأول؛ لأن القضاء بالعقدين على هذا الترتيب يوجب انقطاع حق

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و "م".

المشتري عن الأول، فلهذا يرد بالعيب، ويرجع بالنقصان على الثاني، دون الأول -والله أعلم-.

نوع آخر في الوصي، والوكيل، والمريض:

١٢٧١٧- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل اشترى عبداً بألف درهم، وقبضه، ولم ينقد الثمن حتى مات، وأوصى إلى رجل، ولا مال له سوى العبد، وعليه دين ألف درهم سوى الثمن، فوجد الوصيّ بالعبد عيبًا، فرده بالعيب بغير قضاء القاضي، فرده جائز، وليس للغريم نقضه؛ لأن الموجب للرد قد وجد لو امتنع الرد، وإنما يمتنع لحق الغريم، وحق الغريم يتعلق بمالية العبد؛ لا بعينه، ولأن الرد بالعيب بغير قضاء؛ لأنه بمنزلة بيع جديد في حق الثالث، والغريم ثالثهما، فصار في حق الغريم كأن الوصي باع هذا العبد، وللوصي هذه الولاية، و[ليس للغريم نقض هذا الرد؛ لأن هذا الرد في حق الغريم بيع مبتدأ، وليس للغريم نقض بيع الوصي؛ لأن بالبيع لا يفوت حق الغريم، لما ذكرنا أن حق الغريم في مالية العبد، والمالية لا يفوت بالبيع][1]، ويرجع الوصي على البائع، فيأخذ منه نصف الثمن، ويدفعه إلى الغريم الآخر، والوصي هو الذي يلي ذلك؛ لأن هذا الرد اعتبر بيعًا جديداً في حق الثالث، وقبض الثمن من حقوق العقد، فيكون للعاقد، ولم أن البائع لم يقبل هذا العبد من الوصي حتى خاصمه إلى القاضي، فإن كان القاضي علم بدين غريم الآخر، لا يرده، بل يبيعه، ويقسم الثمن بينهما؛ لأن فيه إبطال حق غريم الآخر؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه، فيبطل البيع، ويعود إلى الأصل، فيسقط الثمن، فلا يصل الغريم إلى شيء، ولا يضمن البائع نقصان العيب، لاقبل بيع القاضي، ولا بعده، أما بيع القاضي فلأن بيع القاضي حصل للميت، فيجعل كأن الميت باع بنفسه، ولو باع الميت بنفسه حال حياته، ثم اطلع على عيب به، لم يرجع بنقصان العيب، فههنا كذلك، وأما قبل بيع القاضي فلأن امتناع الرد في هذه الصورة، كان لمعنى من جهة المشتري، وهو اكتسابه سبب وجود الدين للغريم الآخر، وامتناع الرد بمعنى من جهة المشتري، وامتناع الرد لا يثبت حق الرجوع بنقصان العيب، وإن لم يعلم القاضي بدين الغريم الآخر، وخاصم الوصي البائع في العيب، رده بالعيب على البائع؛ لأن الموجب للرد قد ظهر، وهو العيب، وفي المانع شك، ويبطل الثمن الذي للبائع على الميت؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ من كل وجه، ومتى صح الفسخ، والثمن غير منقود يبطل عن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

المشترى، فيبرأ الميت عن الدين، فإن أقام الغريم الآخر بينة على دينه خير البائع المردود عليه إن شاء أمضى الرد، وضمنه الغريم الآخر نصف بثمن العبد، فيصير الثمن بينهما نصفان، وإن شاء نقض الرد، ورد العبد حتى يباع فى دينهما؛ لأنه لما ظهر دين الغريم الآخر، تعذر تصحيح هذا الرد من القاضى فسخًا من كل وجه، لما فيه من إبطال حق الغريم الآخر، فاعتبر رده بيعًا جديدًا كيلا يبطل هذا الرد، وأمكن اعتباره بيعًا جديدًا لوجود معنى البيع فيه، وهو التمليك والتملك.

١٢٧١٨- ولو أن رجلا اشترى عبدًا فى صحته بألف درهم، وقبض العبد، ولم ينقد الثمن حتى مرض، وعليه دين ألف درهم، فوجد بالعبد عيبًا، فرده بغير قضاء، أو استقال البيع البائع، فأقال، فإن برئ من مرضه، فجميع ما صنع صحيح، وإن لم يبرأ من مرضه، ومات منه، وقيمة العبد مثل الثمن، أو أقل منه، ولا مال له غيره، كان الجواب فيه كالجواب فى الوصى إذا رد بغير قضاء، أو أقاله البيع، وقيمة العبد مثل الثمن، أو أقل منه؛ لأن المريض مرض الموت يملك بيع ماله، ولا يمكن إيثار بعض الغرماء على البعض، كالوصى، ولو لم يقل البائع البيع حتى خاصم المشترى البائع إلى القاضى فى العيب فى مرض المشترى، فالقاضى يرد العبد عليه، سواء علم بدين الغريم الآخر، أو لم يعلم، بخلاف مسألة الوصى، فإنه خاصم البائع فى العيب إلى القاضى، وعلم القاضى بدين الغريم الآخر، فالقاضى لا يرده.

والفرق: وهو أن المثبت للرد موجود فى الحالين، لكن عسى يمنع عمل المثبت والموجب لمانع، ففى مسألة المريض المانع وهو حق الغريم موهوم؛ لأن حق الغريم إنما يتعلق بمال المريض إذا كان المريض مرض الموت، ولا يدرى فى الحال أنه هل يتصل بهذا المرض الموت، أو لايتصل، إذا وقع الشك لا يمتنع عمل الميت، أما فى قول الوصى[1] المانع ثابت قطعًا [لأن الوصى إنما يخاصم البائع بعد الموت، وبعد الموت المانع ثابت قطعًا][2]، فجاز أن يمتنع على المثبت والموجب، فإن مات المشترى من رده بعد ما رده عليه، فالجواب فيه كالجواب فيه كالجواب فى الوصى إذا رده بالعيب بقضاء، ولم يعلم القاضى بدين الغريم الآخر؛ لأنه لما مات ظهر أن المرض مرض الموت من ابتداءه، وظهر أن حق الغريم الآخر كان متعلقًا بماله، حتى رده القاضى على البائع، كما لو رده الوصى، فيكون الجواب فيه كالجواب فى الوصى، إلا فى

(١) وفى النسخة "ف": أما فى فعل الوصى.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

خصلة أن ههنا متى كانت قيمة العبد أكثر من الثمن، فإنه لا يجبر المردود عليه، بل ينقص الرد، ويباع العبد، ويقسم الثمن بينهما نصفان.

ولو قال: إذا أمسك العبد، وأراد نصف القيمة حتى تزول المحاباة، لم يكن له ذلك، وفي الوصي يجبر المردود عليه، والفرق أنه لما مات من مرضه، ظهر أنه ما كان للقاضي ولاية الفسخ، لتعلق حق الغريم بماله، وإن فسخه، لم يصح، فاعتبر عقداً جديداً، وفيه محاباة، والمحاباة لا تعفى من المريض.

١٢٧١٩- وإن قلت: إذا كان عليه دين مستغرق لتركته، فتعذر تصحيح الرد من هذا الوجه، وتعذر تصحيحه بتبليغ الثمن إلى تمام القيمة؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ من كل وجه، فلايصح الفسخ بأكثر من الثمن الأول، وإذا تعذر تصحيح الرد بالطريقين، تعين تقض الرد، فأما الوصي، فيعفى عنه المحاباة اليسيرة، فأمكن تصحيح الرد بمثل الثمن، فلهذا يخير فيه البائع، وهذه المسألة أغرب المسائل، فإنه عفى فيها المحاباة اليسيرة من النائب، ولم يعفُ من الأصل وهو المريض.

١٢٧٢٠- وإذا أمر الرجل رجلا ببيع عبد له، فباعه الوكيل، وسلمه، وقبض الثمن من المشتري، ولم يقبض حتى وجد المشتري بالعبد عيبًا، وخاصم الوكيل في العيب، فقبله الوكيل بغير قضاء، فإن كان ذلك عيبًا يحدث مثله من وقت البيع، يلزم الوكيل دون الموكل، ولا يكون للوكيل أن يخاصم الموكل، وإن كان عيبًا لايحدث مثله في تلك المدة، ذكر في بيوع "الأصل": في أنه يلزم الموكل.

يجب أن يعلم أن الوكيل بالبيع والشراء خصم في الرد بالعيب؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد، فيرجع إلى العاقد، والوكيل في حق الحقوق كالعاقد لنفسه، وإذا رد عليه بالعيب بعد القبض، فهو على وجهين: إن رد عليه برضاه، والعيب مما يحدث مثله، يلزم الوكيل باتفاق الروايات، ولا يكون له مخاصمة الموكل، كأن الوكيل اشتراه ثانيًا من المشتري.

وإن كان عيبًا لا يحدث مثله، أو لا يحدث مثله في مدة البيع، ذكر في بيوع "الأصل": أنه يلزم الموكل؛ لأنهما فعلا بأنفسهما عين ما يفعله القاضي؛ لأن الرد متعين في هذا، فيجعل فعلهما كفعل القاضي، وذكر في عامة الروايات أنه يلزم الوكيل؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي عقد جديد في حق الثالث، والموكل ثالثهما، وإن كان الرد بقضاء.

فهو على ثلاثة أوجه: إن كان الرد ببينة قامت على الوكيل، لزم الموكل؛ لأن البينة حجة في الناس كافة، فنفذ الرد على الموكل، وإن كان الرد بنكول الوكيل، فكذلك يكون ردًا على

الموكل ؛ لأن الوكيل مضطر في النكول، كما هو مضطر في سماع البينة إذا لم يسبق منه ما يطلق له اليمين على انتفاء العيب ؛ لأن الإنسان كما يوكل غيره ببيع السليم يوكل ببيع المعيب، فاعتبر نكوله بالبينة، وإن كان الرد بإقرار الوكيل، يكون ردًا على الوكيل، ولكن الوكيل مع الموكل على خصومته، فإن أقام بينة على أن هذا العيب كان عند الموكل، ، رده عليه، وإن لم يكن له بينة، فله أن يحلف الموكل، فإن نكل، رده عليه، وإن حلف لزم الموكل، وهذا لأن الرد حصل بقضاء القاضي على كره منه، فإن صورة هذه المسألة أن يقر الوكيل بالعيب أولا، ثم يجحد، ويأبى القبول حتى يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، قلنا : فالرد بقضاء القاضي فسخ من كل وجه، غير أن هذا الفسخ استند إلى سبب قاصر، وهو الإقرار، فمن حيث إنه فسخ كان للوكيل حق مخاصمة الموكل، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء، ومن حيث إنه استند إلى دليل قاصر، يلزم الوكيل إلى أن يقيم الحجة على الموكل، وهذا كله إذا كان عيبًا يحدث مثله في مدة البيع، فإن كان عيبًا لا يحدث مثله في مدة البيع، فالقاضي يرده من غير بينة، وإقرار، ويمين، ويكون ذلك ردًا على الموكل ؛ لأن القاضي إنما قضى بالرد لعلمه أنه كان عند الموكل، وعلمه هذا فوق علمه بالبينة.

وهذا كله إذاكان الوكيل حرًا بالغًا، فإن كان مكاتبًا، أو عبدًا مأذونًا، فالخصومة في الرد بالعيب معهما، ولا يرجعان على المولى [لأنهما يعقدان لأنفسهما بطريق الأصالة، إلا أنه يقع الملك في تصرف المأذون للمولى، لا لكونه نائبًا عن المولى، ويكون المولى نائبًا عن العبد في حق الحكم، ضرورة تعذر الإثبات للعبد، فبقي التصرف فيما عداه واقعًا للعبد، فلهذا لايرجعان على المولى][1]، ولكن يباع المأذون فيه، ويلزم الدين المكاتب، وإن كان الوكيل صبيًا محجورًا، أو عبدًا محجورًا، فلا خصومة معهما، وإنما الخصومة مع الموكل إلا أن في توجيه الخصومة عليهما ضرر للصبي والمولى، وأنه منتفٍ، وإذا بعدت الخصومة عنهما، توجهت على من كان أقرب الناس إليهما، فمن هذا العقد وهو الموكل][2].

١٢٧٢١- وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الكبير" : أن من أمر عبد غيره بشراء نفسه للآمر من مولاه بألف درهم، فقال : نعم، وأتى مولاه، وقال : بعني نفسي لفلان بألف درهم، ففعل، فهو للآمر، فإن وجد الآمر بالعبد عيبًا، فأراد خصومة البائع، فإن كان العيب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

معلومًا للعبد يوم اشترى نفسه، لم يرده؛ لأن العبد وكيلا بالشراء، والوكيل بالشراء، إذا اشترى مع العلم بالعيب، يمتنع الرد؛ لأنه أسقط حق الرد، وحق الرد من حقوق العقد، فيكون إلى العاقد [استيفاء، وإسقاطًا، وإن لم يكن العبد عالـمًا بذلك، فله الرد، والذى يلى الخصومة فى ذلك العبد؛ لأنه لم يرض به، وأنه من حقوق العقد، فيكون إلى العاقد][1]، وهو العبد، وكان للعبد الرد من غير استطلاع رأى الآمر؛ لأن المشترى وهو العبد فى يد نفسه، وهو وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الرد بالعيب من غير استطلاع رأى الموكل ما دام المشترى فى يده، على ما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٧٢٢- إذا أمر الرجل غيره أن يشترى عبد فلان بكذا، فاشترى، ونقد وكيل البائع الثمن، وقبض العبد، واطلع على عيب هو به، فما دام العبد فى يد الوكيل، رده على البائع من غير استطلاع رأى الموكل، فإن كان قد سلم العبد إلى الآمر، لا يرده من غير استطلاع رأى الموكل.

والفرق أن فى الرد إبطال العقد الذى هو حق الوكيل، وإبطال الملك الذى هو حق الموكل، فكان الوكيل فى الردّ أصيلا من وجه، نائبًا من وجه، فلكونه أصيلا ملك الرد من غير استطلاع رأى الموكل ما دام العبد فى يده، ولكونه نائبًا لم يملك الرد من غير استطلاع رأى الموكل بعد ما سلمه إلى الموكل، ومتى كان العبد فى يد الوكيل، وأراد الوكيل الرد، فادعى البائع رضا الآمر بهذا العيب، فإن أقام على ذلك بينة، قبلت بينته، وامتنع الرد، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف الوكيل، ليس له ذلك، بخلاف ما إذا ادعى على الوكيل أنك رضيت بالعيب، وأراد استحلاف الوكيل، حيث له ذلك.

والفرق أنه إذا ادعى الرضا على الوكيل، فالوكيل يستحلف بطريق الأصالة، وإذا ادعى الرضا على الموكل، فالوكيل لا يستحلف بطريق الأصالة، وإنما يستحلف بطريق النيابة، والنيابة لا تجرى فى الاستحلاف، وإذا لم يستحلف الوكيل، ورد الوكيل الجارية على البائع؛ ثم حضر الموكل، وادعى الرضا، وأراد استرداد الجارية من يد البائع؛ فله ذلك، ولو كان مكان الوكيل بالشراء وكيلا بالخصومة فى العيب، فادعى البائع أن المشترى رضى بهذا العيب، فالوكيل لايملك رده حتى يحضر الموكل، فيحلف -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

نوع آخر منه:

١٢٧٢٣- اشترى من آخر عبدًا، وقبضه، وباعه من رجل آخر، ثم إن المشترى الآخر وجد به عيبًا، و رده على المشترى الأول، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون الرد منه قبل القبض، وفى هذا الوجه للمشترى الأول أن يرده على البائع الأول، سواء كان الرد بقضاء أو بغير قضاء؛ لأن الرد قبل القبض فسخ للعقد من الأصل فى حق الناس كافة، وإذا كان بغير قضاء؛ لأنه تصرف وقع، وامتناع من القبض، وولاية الرفع[1] عامة، فظهر أمره فى حق الكل، ولهذا لم يتوقف على قضاء القاضى، وهذا المعنى يعم العقار[2]، والمنقول جميعًا.

ومعنى آخر يخص المنقول: أن الرد بالعيب قبل القبض لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا أصلا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض، لا يجوز، فجعلناه فسخًا فى حق الكل، فصار كأنه لم يبع، فعلى هذا التعليل لا يرد العقار عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده، فأمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا فى حق البائع الأول.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، واختلف فيه الروايات: أن الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء فى العقار، وهل يعتبر بيعًا جديدًا فى حق البائع الأول بيعًا جديدًا فى حق الثالث، ذكر فى كتاب الشفعة أنه لا يعتبر، قال شيخ الإسلام: ما ذكر فى كتاب الشفعة قول محمد رحمه الله تعالى، فإن بيع العقار قبل القبض عنده، لا يجوز، أما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يعتبر بيعًا جديدًا؛ لأن عنده بيع العقار قبل القبض جائز، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى، قالوا: ما ذكر فى الشفعة قول الكل، فيتأمل عند الفتوى، وإن كان الرد من المشترى الثانى بعد القبض، إن كان الرد برضا المشترى الآخر من غير قضاء، فالمشترى الأول، لا يرده على بائعه؛ لأن الرد بالعيب بالتراضى فسخ فى حق المتعاقدين عملا باللفظ، وعقد جديد فى حق الثالث عملا بالمعنى، وهو التمليك، والتمليك بالتراضى، والبائع الأول ثالثها، فصار فى حق البائع الأول كأن المشترى الأول اشتراه ثانيًا، فلا يكون له حق الخصومة مع بائعه، لا فى الرد، ولا فى الرجوع بنقصان العيب.

١٢٧٢٤- وفى "القدورى" عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن اشترى دينارًا بدرهم، وقبض الدينار، باعه من الثالث، ثم وجد المشترى الآخر به عيبًا، فرده على الأوسط بغير

---

(١) وفى "ف" و "م": الدفع.

(٢) هكذا فى النسختين: "ب" و "ف"، وكان فى الأصل و "ظ": العقد.

قضاء كان للأوسط أن يرده على الأول، ولا يشبه هذا العروض، وقد مرت المسألة من قبل، وهذا إذا كان عيبًا يحدث مثله، فأما إذا كان عيبًا لا يحدث مثله، فعلى رواية البيوع، والإقرار يرد على بائعه، وعلى رواية الجامعين، والمأذون، والوكالة لا يرد على بائعه.

وإن كان الرد بقضاء قاض، فهو على ثلاثة أوجه: فإن كان الرد بالبينة، كان للمشترى الأول أن يرد على بائعه إذا ثبت أن العيب كان عند بائعه؛ لأن الرد بالبينة فسخ فى حقهما، وفى حق الثالث، إذ ليس فيه معنى البيع، وهو التمليك، والتملّك بالتراضى، فصار كأنه لم يبع، وإن حصل الرد بنكوله، أو بإقراره بقضاء القاضى، بأن أقر بالعيب أولا، ثم أبى القبول، فكذلك الجواب عند علمائنا رحمهم الله تعالى يرده على البائع الأول؛ لأن هذا فسخ حصل بقضاء القاضى بغير رضى المشترى الأول، فيكون فسخًا فى حق الكل، كما لو حصل الرد بالبينة، وإنما قلنا: حصل بغير رضى المشترى الأول إما نصّا، فظاهر، وإما دلالة، فلأن الرضى بالفسخ بطريق الدلالة لو ثبت ثبت من حيث إنه باشر بسبب الفسخ بالنكول، أو بالإقرار بالعيب، والنكول أو الإقرار بالعيب ليس بسبب الفسخ، فإن الفسخ لا يوجد بهما، وإنما يوجد بقضاء قاض آخر عن اختيار، وحكم الشىء ما ثبت به من غير أن يتخلل بين السبب وبين الحكم فعل فاعل مختار أكثر ما فى الباب أن القاضى مضطر فى هذا، وهذا الاضطرار إنما جاء من جهة المشترى الأول بإقراره، أو بنكوله، فيكون بمعنى المكره من جهته، وفعل المكره ينتقل إلى المكره، فيصير كأن المشترى الأول باشر الفسخ بنفسه، إلا أنا نقول: فعل المكره إنما ينتقل إلى المكره فيما يصلح آلة للمكره، كما فى القتل والإتلاف، وأما فيما لا يصلح آلة للمكره فعل المكره لا ينتقل إليه، ألا ترى أن فى حق الإثم فى الإكراه على القتل لا يصير فعل المكره منقولا إلى المكره؛ لأنه فى حق الاثم لايصلح آلة له، وأما القاضى لا يصلح آلة للمشترى الأول فى حق القضاء بالفسخ؛ لأن القضاء بالفسخ يكون بالكلام، والإنسان لا يصلح آلة لغيره فى الكلام، إذ لا يتصور أن يصير الشخص الواحد متكلمًا بكلام غيره.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا الجواب الذى ذكر فى فصل البينة والنكول مستقيم إذا لم يجحد المشترى الأول أن هذا العيب كان عنده، بل سكت، فإن البينة على الساكت مسموعة، والساكت يستحلف أيضًا، فأما إذا جحد الأول أن هذا العيب كان عنده، ورد عليه بالنكول، أو بالبينة، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى ليس له أن يخاصم البائع الأول لمكان التناقض، وعلى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى له ذلك؛ لأن القاضى لما قضى عليه بالرد، فقد أبطل جحوده، والتحق بالعدم، وعامتهم على أن الجواب فى فصل

الإقرار هكذا إن سبق منه من الجحود نصًّا، بأن قال : بعته وما به هذا العيب، وإنما حدث عندك، ثم أقر به بعد ذلك، وأبى القبول، فرد عليه القاضي، لا يكون له مخاصمة بائعه عند محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه حصل مقرًّا لبائعه بسلامة العبد عن العيب [حيث قال للمشترى الثانى : لم يكن به هذا العيب حين بعتها منك، لو بطل إقراره للبائع الأول بسلامة المبيع عن هذا العيب][1] إنما يبطل بإقراره الثانى بعد ذلك، ولا يقدر المقر له على إبطال إقراره الأول بإقرار يكون منه بعد ذلك، فبقى إقراره للبائع الأول بسلامة المبيع عن هذا العيب عند البائع الأول، فلا يصح منه دعوى كون السلعة معيبة عند البائع الأول بعد ذلك لمكان التناقض.

١٢٧٢٥ - وذكر في "المنتقى" : إذا اشترى عبدًا وقبضه، وأراد أن يرد على بائعه بالعيب، فقال البائع : هذا العيب حدث عندك، واستحلف القاضي البائع، فأبى أن يحلف فرده عليه، قال : له أن يرده على بائعه أي له أن يخاصم بائعه فيه، ولو لم يأتِ باليمين، ولكن أقرّ بالعيب، فرد عليه بإقراره لم يكن له أن يخاصم بائعه، فقد ذكر المسألة مطلقًا من غير تفصيل.

وفي "نوادر هشام" : عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل اشترى من آخر دارًا، وقبضها، ثم ردّها بعيب بغير قضاء، قال : كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول مرة : كل شيء لو رفعا إلى القاضي قضى به، ففعله هذا دون القاضي، فهو على حقه مع بائعه الأول، ولو وهبها وسلم، ثم رجع في الهبة بقضاء، أو بغير قضاء، فله أن يردها على بائعه بناء على أن الرجوع في الهبة فسخ من كل وجه، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، وفيه كلمات كثيرة فقد ذكرناها في كتاب الهبة من هذا الكتاب.

قال محمّد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير" : رجل اشترى من آخر جارية، وباعها من غيره، فظهر بها عيب عند المشترى الآخر مما يحدث مثله، فجاء به إلى المشترى الأول، وأراد الرد عليه، فقال المشترى الأول : بعتها، وما كان بها هذا العيب، وإنما حدث عندك، وأقام المشترى الآخر ببينة أن هذا العيب كان بها عند البائع الأول، فردها القاضي على المشترى الأول، فللأول أن يردها بذلك العيب على البائع الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد : لا يرد.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى : إن المشترى الأول لما ادعى حدوث العيب عند المشترى الثاني، فقد أنكر قيامه عنده، وأقر أنه لم يكن عند البائع الأول، وبقضاء القاضي صار

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" و "ف".

مكذبًا فى إنكاره، لا فى إقراره؛ لأنه شرط جواز القضاء بالرد على المشترى الأول قيام العيب عنده، لا قيام العيب عند بائعه، فبقى حكم إقراره، فلا يكون له أن يخاصم بائعه.

ولهما أن المشترى الأول صار مكذبًا شرعًا فيما زعم بقضاء القاضى عليه بالرد، والتحق زعمه بالعدم، نظيره مسألة الشفعة، فإن المشترى إذا أقر بالشراء بألف، والدار فى يديه، وأقام البائع بينة على البيع بألفين، فالشفيع يأخذ من المشترى بألفين، وإن زعم المشترى أن حقه فى الألف، ولكن لما صار مكذبًا شرعًا بقضاء القاضى التحق زعمه بالعدم، وما يقول: بأنه صار مكذبًا فيما أنكر لا فيما أقرّ.

قلنا: الإقرار بعدم العيب عند البائع الأول لم يوجد نصًا، وإنما ثبت فى ضمن دعوى الحدوث فى يد المشترى الثانى، وإذا صار مكذبًا فى المتضمن بطل المتضمن ضرورة، وهذا إذا أقام المشترى الآخر بينة على أن هذا العيب كان عند البائع الأول.

فأما إذا أقام بينة أن هذا العيب كان عند المشترى الأول، لم يذكر هذا الفصل فى "الجامع"، وإنما ذكر فى إقرار "الأصل": وقال: ليس للمشترى الأول مخاصمة بائعه بالإجماع، ووجه ذلك أن المشترى الأول لم يصر مكذبًا فيما أقر من كون الجارية سليمة وقت شراءه عند البائع الأول؛ لأن المقر الأول إنما يصير مكذبًا فى إقراره إذا قضى القاضى بالبينة عليه، بخلاف ما أقر به [وهنا القاضى لم يقض على المشترى الأول، بخلاف ما أقر به][1]؛ لأن المشترى الأول أقر بكونها سليمة وقت شراءه إياها عند البائع الأول، والقاضى قضى بكونها معيبة وقت بيع المشترى الأول من المشترى الثانى؛ لأن القاضى قضى بالرد على المشترى الأول، وشرط كونها معيبة عند المشترى الأول، لا عند البائع الأول مكذبًا فى إقراره بكونها غير معيبة عند البائع الأول، فلهذا لا يكون له حق مخاصمة البائع الأول، فقود هذا التعليل أن لا يكون للمشترى الأول حق مخاصمة بائعه فى المسألة الأولى بالإجماع، وقود ما ذكر من العلة لهما فى المسألة الأولى أن يكون للمشترى الأول حق مخاصمة بائعه عندهما فى هذه المسألة أيضًا.

١٢٧٢٦- وفى "المنتقى": اشترى من آخر دارًا، وسلمها إلى إنسان، ثم افترقا قبل القبض، ثم رأى المشترى بالدار عيبًا، فله أن يردها على بائعها، وإن لم يتفرقا حتى تناقضا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و "ظ".

السلم، فليس له أن يردها على بائعها، وهذا الجواب[1] أن يكون على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن بيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز، فلا يمكن أن يجعل هذه المناقضة بيعًا جديدًا فى حق البائع الأول، وقد ذكرنا جنس هذا فى أول الفصل -والله أعلم-.

نوع آخر منه:

١٢٧٢٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم، وقبضه، ثم باعه من آخر بمائة دينار، وتقابضا، ثم إن المشترى الآخر لقى بائعه، وزاد فى الثمن خمسين دينارًا حتى صحت الزيادة، ودفع المشترى الزيادة إلى البائع، ثم وجد المشترى الثانى بالعبد عيبًا، فرده على البائع بقضاء قاض، استرد الثمن والزيادة جميعًا؛ وكان للمشترى الآخر أن يرده على بائعه؛ لأن المبيع عاد إلى قديم ملكه، ولو كان المشترى الآخر لم يزده فى الثمن شيئًا، ولكنهما التقيا، فجدد العقد بينهما بألفى درهم، صح، وانتقض البيع الأول بطريق الاقتضاء، كأنهما تقايلا، ثم تعاقدا، فإن وجد المشترى الآخر بالعبد عيبًا، فرده لم يكن لبائعه أن يرده على بائعه الأول؛ لأن بهذا الرد لا يعود إلى قديم ملكه بالعقد الأول، لما عرف أن الإقالة عقد جديد فى حق الثالث، والبائع الأول ثالثهما، فصار حق البائع الأول كان المشترى الأول اشتراه ثانيًا من المشترى الآخر، فلم يعد إلى المشترى الأول بالرد بالعيب الملك المستفاد من جهة البائع الأول، بخلاف الزيادة؛ لأنها لا توجب فسخ العقد الأول على أصح الأقوال؛ لأن الزيادة تصرف فى وصف العقد، والتصرف فى وصف البيع تقرير لأصله، فعاد إلى المشترى الأول بالرد عليه قديم ملكه، أما ههنا بخلافه.

ولو كان المشترى الثانى زاد فى الثمن عرضا بعينه، ثم وجد بالعبد عيبًا، ورده على المشترى الأول بقضاء، رده المشترى الأول على البائع الأول، لما مر، وإن لم يجد المشترى الثانى بالعبد عيبًا، لكنه هلك العرض قبل أن يقبض البائع الثانى، وقيمة العرض خمسون دينارًا، فإنه ينقض العقد فى ثلث العبد، ويعود ذلك الثلث إلى البائع الثانى؛ لأن الزيادة إذا صحت، التحقت بأصل العقد، ويصير كأن المشترى الثانى اشتراه بمائة دينار، وعرض قيمته خمسون دينارًا، فإن وجد المشترى بعد ذلك بالعبد عيبًا، ورد الثلثين الباقيين على البائع الثانى بقضاء، فإن للبائع الثانى أن يرد العبد على البائع الأول بذلك العيب؛ لأنه عاد إلى البائع الثانى ملكه الذى استفاده من جهة البائع الأول؛ لأن فى الثلث انتقض العقد بهلاك أحد

---

(١) هكذا فى "م"، وفى بقية النسخ: وهذا يجب... إلخ.

العوضين، وأنه فسخ من الأصل، وفى الثلثين انتقض العقد بالزيادة بقضاء القاضى، فإنه فسخ من الأصل أيضًا، ولو كان لم يهلك العرض، ولكن أقاله البيع فى ثلث العبد، ثم وجد بالباقى عيبًا [رده على بائعه، وهو المشترى الأول، ليس للمشترى الأول أن][1] يرده على بائعه، أما فى الثلث فلأن فى الثلث ما عاد إليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول، وأما فى الثلثين، فحينئذٍ لا يتضرر البائع الأول ضرر عيب الشركة.

نوع آخر منه:

١٢٧٢٨- رجل اشترى من رجل عبدًا بألف دينار[2]، وتقابضا، وباعه من آخر، فجحد المشترى الآخر البيع، فخاصمه المشترى الأول إلى القاضى، ولم يكن له بينة، فحلف القاضى المشترى الآخر، فحلف، وعزم المشترى الأول على ترك الخصومة، ثم وجد به عيبًا كان عند البائع الأول، فأراد رده على البائع الأول، فاحتج عليه البائع الأول بدعواه البيع من المشترى الثانى، فالقاضى يرده عليه، ولايبطل حقه بدعواه البيع من الثانى؛ لأن دعوى المشترى البيع من الثانى قد بطلت بيمين الثانى؛ لأن اليمين حجة قاطعة لخصومته ههنا، فبطل دعواه بيمين الثانى، والتحق بالعدم، إلا أن المشترى متى علم أنه صادق فى دعوى البيع، لا يسعه الرد فيما بينه وبين الله تعالى، إلا إذا عزم أن لا يخاصم الثانى إذا وجد بينة يومًا من الدهر، فحينئذٍ يسعه فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن بجحود الثانى ينفسخ العقد فى حقه على ما عرف، ويتوقف الفسخ فى حق المشترى الأول، فإذاعزم على ترك الخصومة فقد ساعده على الفسخ، فيفسخ العقد فيما بينهما.

قالوا: وهذا إذاعزم المشترى على ترك الخصومة بعد ما حلف الثانى، أما إذا عزم على ترك الخصومة قبل حلف الثانى، فليس له أن يخاصم بائعه، والفرق أن بعد ما حلف الثانى، ولم يكن للمشترى الأول بينة متعذر إبقاء العقد، فيكون الأول مضطرًا فى مساعدته فى الفسخ، فلم يحتمل معنى المبادلة، وكان فسخًا من كل وجه فى حق الناس كافة، فأما قبل حلف الثانى فالمشترى الأول غير مضطرّ فى فسخ البيع الثانى لجواز أنه متى حلف الثانى ينقل،

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و "ظ" و "ف": ثم وجد بالباقى عيبًا لا يرده.

(٢) وفى النسختين: "ف" و "م": درهم.

وإذا لم يكن مضطراً فى فسخ البيع[١]، فاعتبر هذه المساعدة منه بيعًا جديدًا فى حق الثالث، فلا يكون له مخاصمة البائع الأول، وإن صدقه المشترى الآخر فى الشراء.

وقال[٢]: إن البيع بينهما كان تلجية وسمعة، فرده على المشترى الأول، ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا كان عند بائعه، كان له أن يرده على بائعه؛ لأن البيع بينهما إنما يظهر بإقرارهما، فإنما يثبت على الوجه الذى أقرا به، وقد أقر أنه تلجية، فيثبت كذلك، والبيع تلجية لا يزيل المبيع عن ملك البائع، فبقى ملك المشترى المستفاد من جهة بائعه على حاله، فلايمتنع الرد، وكذلك إن اتفقا على أنهما كانا بالخيار فى هذا البيع، أو على أن فلانًا منهما بعينه قد كان بالخيار، فرده صاحب الخيار رده المشترى الأول على بائعه، وكذلك لو اتفقا على أن المشترى الثانى لم يره، ورده بخيار الرؤية، فللمشترى الأول أن يرده على بائعه؛ لأن الرد بخيار الشرط، وبخيار الرؤية فسخ للعقد من الأصل فى حق الناس كافة، وكذلك إن اتفقا أن البيع الثانى كان بألف درهم إلى العطاء، فرد البائع الثانى، فللمشترى الأول أن يرده على بائعه؛ لأن البيع إلى العطاء بيع فاسد، والرد بفساد السبب فسخ فى حق الناس كافة، ولو تصادق المشترى الأول والثانى على جريان بيع بات بينهما، ثم خير أحدهما صاحبه ثلاثة أيام ولياليها جاز، وقد مر هذا فى فصل الخيار، ولوأن من شرط الخيار فى هذه الصورة نقض البيع لم يكن للمشترى الأول أن يرده على بائعه بحكم العيب؛ لأن البيع فى الأصل لما وقع باتًا تعلق به حق البائع الأول، وهو انقطاع حق المشترى الأول فى الرد، فهما فى إثبات الخيار وتحصيل الفسخ يريدان إبطال ذلك الحق على البائع الأول، وليس لهما هذه الولاية، ولو لم يخير أحدهما صاحبه بالفسخ وجد المشترى بالعبد عيبًا، ورده على المشترى الأول، فأراد المشترى الأول أن يرده على البائع الأول، وقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه قبل هذا.

ولو أن المشترى الأول مع المشترى الثانى أقرا بالبيع الثانى عند القاضى، ثم جحدا البيع، وأنكرا أن يكونا أقرا عنده بشىء، جعل القاضى جحودهما فسخًا للعقد؛ لأن الجحود جعل كناية فسخًا شرعًا عن الفسخ، فإن أراد المشترى الأول الرد على بائعه بعد ذلك لم يكن له ذلك؛ لأن البيع قد ثبت عند القاضى بإقرارهما، وجحودهما جعل نقضا باختيارهما، فكان بمنزلة الإقالة بينهما حتى لو أراد المشترى الآخر إمساك العبد بعد ذلك ليس له ذلك، وكذلك لو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) هكذا فى الأصل و"ظ"، وكان فى النسختين: "م" و"ف": وتصادقا بدلا من وقال.

أعتقه المشترى صح ؛ لأن الإقالة تمت فيما بينهما .

رجل اشترى عبدًا وقبضه ووجد به عيبًا ، فأراد أن يرده ، فأقام البائع بينة أن المشترى أقر أنه باعه من فلان قبلت بينته ، ولم يكن للمشترى أن يرده ، سواء كان فلان حاضرًا أو غائبا ، فرق بين هذا وبين ما إذا أقام البينة أن المشترى باعه من فلان الغائب حيث لا تقبل بينته ، وكان للمشترى أن يرده بالعيب .

والفرق أن فى الفصل الأول البينة قامت على إثبات إقرار المشترى الأول ، والمشترى الأول حاضر ، وليس فى قبولها نصًا على الغائب بالبيع ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة فقبلت ، وثبت إقرار المشترى الأول بالبيع ، فلا يتمكن من الرد بعد ذلك أما فى الفصل الثانى البينة قامت على إثبات البيع من الغائب ، وذلك ممتنع لما فيه من القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، فلم تقبل هذه البينة ، وصار وجودها ، والعدم بمنزلة .

ولو انعدمت كان للمشترى أن يرده على البائع بالعيب كذا ههنا [وقد قيل : يجب أن يقبل البينة فى الفصل الثانى أيضًا ؛ لأن دعوى البائع البيع على المشترى من الغائب ، وكل بائع مقر بالملك للمشترى ، فهو بمنزلة دعوى البائع إقرار المشترى أن هذا العين ملك فلان الغائب ، ولو ادعى البائع إقرار المشترى بذلك ، وأقام البينة للبس أنه يقبل بينته ، فههنا يجب أن يكون كذلك ، ويدل عليه ما ذكر الناطفى فى "أجناسه" : أن من ادعى عينًا فى يد رجل أنه له .

فقال المدعى فى دفع دعواه : إنك تبطل فى هذه الدعوى ؛ لأنك بعت هذا العين من فلان ، وأقام على ذلك بينة ، فإنه تقبل بينته ، وطريقه أن دعوى المدعى عليه غير المدعى من فلان ، وكل بائع مقر بالملك المشترى منه بمنزلة دعواه إقرار المدعى أنه ملك فلان ، ولو ادعى إقراره أنه ملك فلان ، وأقام على ذلك بينة للبس ، أنه تقبل بينة ، وتندفع الخصومة ، فكذا ههنا ، فعلى قياس مسألة "الأجناس" : ينبغى أن تقبل بينة البائع ههنا فى الفصل الثانى][1] .

ولو كان البائع أقام البينة أن المشترى الأول باع هذا العبد من هذا الرجل وهو حاضر ، لكنهما يجحدان البيع والشراء ، ولم يرده المشترى الأول ؛ لأن البينة فى هذه الصورة قامت على خصمين حاضرين ، فقبلت وثبت البيع بينهما ، فإذا تجاحدا البيع جعل ذلك إقالة منهما للبيع ، والإقالة بيع جديد فى حق الثالث ، والبائع الأول ثالثهما ، فاعتبر فى حقه بيعًا جديدًا ، فبطل الرد بالعيب .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" .

الفصل الخامس عشر
فى بيع المرابحة والتولية والوضيعة

المرابحة بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، والتولية بيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة، والوضيعة بمثل الثمن مع نقصان معلوم، والكل جائز؛ لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، ولأن الناس تعاملوا ذلك كله من غير نكير منكر، وتعامل الناس حجة يترك بها القياس، ويخص هذا الأثر.

١٢٧٢٩- قال محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى شيئًا، فباعه مرابحة، فإن كان البدل فى العقد الأول من ذوات الأمثال جاز بيعه مرابحة، سواء جعل الربح من جنس رأس المال أو من غيره، إذا كان معلومًا يجوز الشراء به؛ لأن الربح جزء من أجزاء الثمن، والثمن كما يجوز أن يكون من جنس واحد يجوز أن يكون من جنسين، ولكن بشرط أن يكون معلومًا يجوز الشراء به، وإن لم يكن البدل فى العقد الأول من ذوات الأمثال، فباعه مرابحة ممن لا يملك ذلك البيع، فالبيع باطل؛ لأن الثمن فى بيع المرابحة مثل الثمن الأول وزيادة ربح، فإن لم يكن الثمن من ذوات الأمثال، والمشترى لا يملك عين ذلك الثمن لو انعقد العقد ينعقد بقيمة ذلك الثمن، وهى مجهولة لا تعرف إلا بالحرز والظن، وجهالة الثمن يمنع جواز العقد، وإن كان يملكه، فهو على وجهين: إن باعه بربح درهم، أو شيء موصوف جاز العقد؛ لأنه يقدر على تسليم ما التزم، وإن باعه بربح ده يازده، فالبيع باطل؛ لأنه جعل الربح من جنس رأس المال، فإنه جعل الربح مثل عشر الثمن، وعشر الشيء يكون من جنسه، فإذا لم يكن الثمن من ذوات الأمثال، يصير العقد منعقدًا بالثمن الأول، وينقص قيمته، وهذا لا يجوز، ولو اشترى ثوبًا بعشرة، وأعطى بها دينارًا أوثوبًا، فرأس المال العشرة، حتى لو باعه مرابحة لزم المشترى الثانى عشرة، لا ما نقد المشترى الأول؛ لأن الثمن ماملك بالعقد، والمملوك بالعقد الأول العشرة دون الثوب والدينار.

١٢٧٣٠- ولو اشترى ثوبًا بعشرة خلاف نقد البلد، فباعه بربح درهم، فالعشرة مثل ما نقد، والربح من نقد البلد؛ لأن رأس المال يجب أن يكون مثل الأول، فلايتغير[1] بنقد البلد، أما الربح، فدرهم ذكره مطلقًا، ومطلق اسم الدرهم ينصرف إلى نقد البلد، ولو نسب الربح

---

(١) وفى النسخة "م": فلا يتعين بدلا من "فلا يتغير".

الى رأس المال[١]، فقال: أبيعك بربح ده يازده، فالربح من جنس الثمن؛ لأنه جعل الربح جزء الثمن حيث جعله مثل عشرة، وكان على صفقة ضرورة.

١٢٧٣١- فى "المنتقى": باع من رجل متاعًا مرابحة، وأخبره أن رأس المال مائة دينار، فلما أراد أن يدفع بالثمن قال: اشتريت بمائة دينار شامية، والبيع ببغداد قال: ليس له إلا نقد بغداد، وإن أقام البينة أن رأس ماله مائة دينار شامية قبلت بينته، ويكون المشترى بالخيار فيه، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

١٢٧٣٢- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى متاعًا بنيسابور، فقدم بلخ، ولم يبين أنه اشتراه بنقد نيشابور، فقال ببلخ: قام على هذا المتاع بكذا، فأبيعه بربح مائة درهم، أو بربح ده دواز ده، فإن الربح ورأس المال نقد بلخ، إلا أن يصدقه المشترى أنه نقد نيشابور، أو يقوم بينة، وإذا كان نقد نيشابور دون نقد بلخ فى الوزن و الجودة، فقال: قام على بكذا، ولم يبين أنه نقد نيشابور، وكان رأس المال والربح على نقد نيشابور، وإذا كان نقد نيشابور أكبر وزنًا وأجود من نقد بلخ، ولا يعلم المشترى بذلك، فاشتراه على أنه نقد نيشابور، وهو ببلخ، ثم علم أن نقد نيشابور أكثر وزنًا، وأجود من نقد بلخ، للمشترى الخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه.

وإذا خان[٢] البائع فى رأس المال فى بيع المرابحة و التولية، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: يحط بقدر الخيانة فى التولية [ويتخير فى المرابحة إن شاء أخذ بجميع المذكور، وإن شاء ترك.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحط الخيانة فى التولية][٣]، وفى المرابحة يحطّ الخيانة، وحصتها من الربح، وقال محمد رحمه الله تعالى: يثبت له الخيار فى الموضعين إن شاء، أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: إن العقد الثانى فى المرابحة والتولية فى حق الثمن، بناء على الأول وقدر الخيانة لم يكن ثمنًا فى العقد الأول، فلا يمكن إثباته فى العقد الثانى، وإذا سقط قدر الخيانة سقط حصته من الربح فى بيع المرابحة ضرورة، وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إنهما كانا باشرا عقدًا باختيارهما بثمن سماه،

(١) وفى "م": ولو نسب الربح إلى نقد رأس المال.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و النسختين: "ظ" و "ف": اختار مكان خان.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة، وهذا؛ لأن إنعقاد السبب الثاني يعتمد التراضي منهما، ولا يتم رضى المشتري الأول إذا لم يجب له جميع الثمن المسمى إلا أنه دلس على المشتري الثاني، والتدليس يثبت الخيار للمشتري كتدليس العيب، ولأبي حنيفة رضي الله عنه في الفرق بين المرابحة والتولية أن في إثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن وضع ما صرّحا به؛ لأنهما صرّحا بالتولية، ومع الخيانة هو مرابحة، وفي المرابحة لا يكون تغيير للعقد؛ لأنهما صرّحا بالمرابحة إلا أن الربح أكثر مما ظنه المشتري، غير أن البائع دلس على المشتري بتسمية بعض الربح رأس المال، والتدليس يثبت الخيار، ولو هلك المبيع، أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة سقط خياره، ولا شيء له في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو المشهور من قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه تعذر الرد بما حدث به من الهلاك، أو غيره، وتعذر الرد يسقط الخيار، كما في خيار الرؤية وخيار الشرط.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن المشتري يرد قيمة المبيع، ويرجع على البائع [بالثمن، وكان الفقيه أبو جعفر يختار للفتوى أن يقوم المشتري بثمن حال، وبثمن مؤجل، فيرجع بنقصان ما بينهما][(١)]، وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن باعه مرابحة بما بقي بعد الحط، وكذلك لو حط عنه بعد ما باع، حط ذلك من المشتري الثاني مع حصته من الربح، وكان ولاية حط ذلك عن المشتري الآخر، ولو زاد المشتري البائع في الثمن زيادة بائعه مرابحة على الأصل والزيادة جميعًا، وهذا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى بناء على أن الزيادة في الثمن والحط عنه ملحق بأصل العقد، ويجعل كأن العقد ورد ابتداء على هذا القدر، وقد مرت المسألة من قبل، قول محمد في الكتاب لو حط عنه بعد ما باع، حط ذلك عن المشتري الثاني مع حصته من الربح، إشارة إلى أنه لا ينحط ذلك عن المشتري الآخر بنفس الحط عن الأول ما لم يحط عنه.

وهذا فصل قد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: لا ينحط ذلك عن المشتري الآخر ما لم يحط، ومنهم من قال: ينحط عنه بنفس الحط عن الأول.

١٢٧٣٣- ولو اشترى ثوبًا، ولم ينقد ثمنه، ثم باعه مرابحة، جاز، فإن أخر الثمن منه شهرًا بعد ذلك، لم يلزمه أن يؤخر عن المشتري الثاني، ولا يشبه هذا الحط.

١٢٧٣٤- ولو اشترى ثوبًا بعشرة، فباعه مرابحة باثني عشر، ثم اشتراه ثانيًا بعشرة باعه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

مرابحة على ثمانية في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأن الشراء الثاني شراء جديد، فيبتنى عليه بيع المرابحة، كما لو باعه المشترى من ثالث، ثم إن البائع اشترى من ذلك الثالث، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه لما باعه أولا، وربح، كان الربح على شرف السقوط، بأن يرد بالعيب، أو يبطل العقد بسبب من الأسباب، فلما اشتراه منه بعد ذلك، تأكد الربح، والتأكيد إثبات من وجه، فصار كأنه اشترى الربح والثوب بذلك الثمن، فيعتبر مقدار الربح من الثمن بمقابلته، ويبقى الباقي بمقابلة الثوب، فيبيعه مرابحة على ذلك القدر احتياطًا؛ لأن باب المرابحة مما يحتاط فيه؛ لأنه من باب الربا، فتلحق الشبهة فيه بالحقيقة، فعلى هذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لو اشتراه بعشرة، وباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة، لا يبيعه مرابحة أصلا -والله أعلم-.

نوع آخر فيما يحدث بالسلعة مما يجب أن يبين وما لا يجب:

١٢٧٣٥- وإذا حدث عيب في يد البائع بالمبيع، أو في يد المشترى، بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، فله أن يبيعه بجميع الثمن من غير بيان عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن جميع ما يقابله الثمن قائم؛ لأن الفائت وصف، والأوصاف لا يقابله شيء من الثمن إذا فاتت من غير صنع أحد، ومعنى أداء الأمانة بالصدق، وهو صادق إذا بقي جميع ما يقابله الثمن، ولو كان الحادث من فعله، أو فعل أجنبي، لم يبعه مرابحة حتى يبين، أما إذا حدث بفعله، فلأنه حبس جزءً من المبيع بجناية، والأوصاف إذا صارت مقابلا بالتناول، صار لها حصة من الثمن، ألا ترى أن البائع إذا أتلف شيئًا من أوصاف المعقود عليه، يسقط حصته من الثمن، وأما إذا حدث بفعل أجنبي، فلأن خيانة الأجنبي موجبة للضمان عليه، فيكون المشترى حابسًا بدل جزء المعقود عليه، وذلك منعه من بيع المرابحة حتى يتبين.

١٢٧٣٦- وفي "المنتقى": اشترى عبدًا، وقبضه، ثم جاء أعور، أو أعمى، لم يبعه مرابحة، وكل ما ينقصه مما يحدث به من العيب عنده بقدر ما لا يتغابن الناس في مثله، لم يبعه مرابحة، وكذلك إذا جاء بالبائع، وكذلك إذا حدث من المبيع نماء، وهو قائم في يده، كالثمر، والولد، والصوف، أو هلك بفعله، أو بفعل أجنبي، لم يبعه مرابحة حتى يبين، أما قبل الهلاك فلأن المستولد من نفس المبيع له حكم المبيع [عندنا، ولهذا يمنع الرد بالعيب، ولو باع

الأصل مرابحة من غير بيان، صار حابسًا شيئًا من المبيع](١)، وفي ذلك نوع خيانة، وأما إذا هلك بفعله، أو بفعل أجنبي، فلما مر، ولو هلك بآفة سماوية، جاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو استغل الدار والأرض، جاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان؛ لأن الغلة ليست متولدة من العين، ولهذا لا يمنع استيفاءها الرد بالعيب، فلا يكون حابسًا شيئًا من المعقود عليه باعتبارها، ولأن الغلة بدل المنفعة، واستيفاء المنفعة لا يمنع من بيعها مرابحة، وهذا لأنه أنفق عليها بإزاء ما زال من المنفعة، فإذا كان استيفاء عين المنفعة لا يمنع من بيع المرابحة، فكذا استيفاء بدل المنفعة.

١٢٧٣٧- قال: ولو اشترى جارية ثيبًا، فوطئها، جاز له أن يبيعها مرابحة، وإن كانت بكرًا، لم يبعها مرابحة حتى يبين، والفرق هو أن المستوفى بوطء الثيب لا يقابله شيء من البدل؛ لأنه ليس بمال، فصار بمنزلة الاستخدام، وإن ألحق ذلك بتفويت الجزء في عين الملك، بخلاف ما إذا كانت بكرًا؛ لأن العذرة جزء هو مال، ويقابلها شيء من الثمن، فصار إزالتها بمنزلة الجزء.

١٢٧٣٨- قال: ولو اشترى بنسيئة، لم يبعه مرابحة حتى يبين؛ لأن الأجل يشبه كونه مبيعًا، فإنه يزاد في الثمن لأجله، فألحق بحقيقته احتياطًا، فصار كأنه اشترى شيئين، ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة على كل الثمن، وذلك لا يجوز من غير بيان، فههنا كذلك، وهذا في الأجل المشروط، فإن لم يكن الأجل مشروطًا، إلا أنه متعارف معهود(٢) فيما بين التجار، مثل البياع يبيع الشيء من إنسان، ولا يطالبه بالثمن جملة، بل يأخذ منه منجمًا في كل شهر، وفي كل عشرة أيام، هل عليه أن يبين ذلك في بيع المرابحة؟ أكثر المشايخ أنه ليس عليه ذلك، وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين ذلك حالة، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى.

ثم في الأجل المشروط إذا باعه من غير بيان، وعلم به المشتري، فله الخيار، إن شاء رضي به، وإن شاء رده، ذكر المسألة في "الأصل".

١٢٧٣٩- وفي "الجامع الصغير": وتصير هذه المسألة رواية فيمن اشترى شيئًا، وصار مغبونا فيه غبنا فاحشًا، أن له أن يرده على البائع بحكم الغبن، وإليه أشار محمد رحمه الله

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) وفي "م": مرسوم، وفي الالنسخة "ف": موهوم.

تعالى فى كتاب الصلح فى باب الصلح عن العيوب، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يحكى عن أستاذه يقول: فى المسألة روايتان عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وكان يفتى برواية الرد رفقًا بالناس، وكان القاضى الإمام صدر الإسلام أبو اليسر، والقاضى الإمام ركن الإسلام أبوبكر الزرنجرى، والقاضى الإمام جمال الدين الريغدمونى جدى رحمهم الله تعالى يفتون أن البائع إن قال للمشترى: قيمة متاعى كذا، أو قال: متاعى يساوى كذا، فاشترى بناء على ذلك، ثم ظهر بخلافه، أن له الرد بحكم التغرير، وأما إذا لم يقل ذلك، فليس له الرد، وغيرهم كانوا لايفتون بالرد على كل حال، والصحيح أن يفتى بالرد إذا وجد التغرير، وبدونه لا يفتى بالرد[١].

١٢٧٤٠- قال: ولو اشترى من إنسان بدين عليه، كان له أن يبيعه مرابحة على قدر الدين، ولو صالحه من الدين على ثوب، لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين، والفرق وهو أن مبنى الصلح على الحط، والتجوز بدون الحق، والمشترى الثانى اعتمد مماكسة الأول، فإذا ترك الأول المماكسة فى عقد الصلح، كان فى بيعه مرابحة من غير بيان نوع خيانة، فلا يفعل، فأما الشراء فمبناه على المماكسة، وكان الشراء بالدين والثمن النقد سواء، فجاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى فصل الصلح: أنه إذا زاد فى ثمنه أكثر مما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين، وإن كان أخذه بقيمته، أو بنحو ذلك، باعه مرابحة من غير بيان [وسيأتى من جنس مسألة الشراء بعد هذا إن شاء الله تعالى][٢]، قال: وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا اشترى ممن لاتجوز شهادته له، لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: له أن يبيعه مرابحة.

١٢٧٤١- ولو اشترى من عبده، أو مكاتبه، لم يجز بيعه مرابحة بالاتفاق حتى يبين، فوجه قولهما: إنه ليس لأحدهما فى مال صاحبه ملك، ولا حق ملك، وكانا فى ذلك بمنزلة الأخوين، بخلاف العبد والمكاتب؛ لأن كسب العبد لمولاه، وما حصل لمكاتبه من وجه كان لمولاه، وكان الشراء عدمًا من ذلك الوجه، بخلاف ما نحن فيه، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إنما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصله لنفسه من وجه، ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء،

---

(١) وفى "م": لا يفتى بالرد فى القدورى.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

فباعتبار هذا الوجه صاروا فى حقه بمنزلة العبد والمكاتب؛ ولأن مسامحة بعض هؤلاء مع البعض فى المعاملة امرٌ ظاهر، فيثبت معنى الخيانة بترك البيان.

١٢٧٤٢- وفى "المنتقى": إذا اشترى الرجل شيئًا بغلاء، والزيادة مما لا يتغابن الناس فى مثله، فله أن يبيعه مرابحة، ولا يبين، وإذا جاوزت الزيادة ذلك، والمشترى يعلم، لا يبيعه مرابحة ما لم يبين، وإن كان لا يعلم وسعه أن يبيعه، ولا يبين، قال: وإذا كانت الزيادة فى الأمر البيّن الذى لا يحتاج الناس إلى تبيين فيه المحاباة، فليس عليه أن يبين، نحو أن يشترى فلسًا بدرهم، فهذا معروف فيما بين الناس أن الفلس لا يباع بدرهم، فإن باع هذا، ولم يبينه، وسعه، إلا أن يشتريه منه من يجهل ذلك، فإن كان كذلك لم يبعه حتى يبين، كما يبين فى النسيئة.

١٢٧٤٣- وفيه أيضًا: وهب لرجل ثوبًا على عوض اشترطه، وتقابضا، فليس له أن يبيعه مرابحة فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وهذا مثل الصلح، وأما فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى إن كان العوض مثل قيمة الهبة، فلا بأس بأن يقول: قام على بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا، وكذلك إن حط عن العوض ما يتغابن الناس فيه، وإن حط أكثر من ذلك، لم يجز له أن يبيعه [حتى يبيّن. فى "نوادر ابن سماعة": عن محمد: إذا وهب لرجل دارًا على أن يعوضه منها ألف درهم، وتقابضا جاز له أن يبيعه][1] مرابحة بالألف، ويقول: قام على بكذا، أو للشفيع أن يأخذها بالشفعة بألف.

١٢٧٤٤- وفى "نوادر هشام": قال: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل متاعًا بدرهم له عليه من ثمن المتاع، وهذا المتاع إن أصاب فى يد غيره، لم يشتره من ذلك الثمن بالنصف، قال: إذا كان هكذا، فلا يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأنه قد حاباه.

١٢٧٤٥- وفيه أيضًا: إذا اشترى عبدًا بألف درهم بيض لها صرف ونقد فى ثمنه غلة لا صرف لها، فإنه يبيعه على الغلة التى نقدها؛ لأن قبول البائع نقدًا دون نقده حط عن الثمن.

١٢٧٤٦- وفى "نوادر هشام": قال: قلت لأبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى ثوبًا بعشرة جياد، ونقد زيوفًا، قال فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: يبيعه مرابحة على عشرة زيوفًا، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يبيعه مرابحة على عشرة جياد، ثم رجع أبو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

يوسف عن قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه، وشك فيه.

قال: وسمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول فيمن اشترى ثوبًا بعشرة دراهم مزيّفة أنه يبيعه، ويبين، فإن لم يبين، فللمشترى الخيار إذا اشترى بصلا وحمائلا، وجفنًا، ثم أنفق على ذلك حتى ركبه، وحلاه بفضة، ثم باعه، وقال: الفضة فيه كذا أبيعكها بوزنها بلا ربح، وما بقى قام على بكذا وكذا، فأبيعكه بربح كذا، فهذا جائز استحسانًا من قبل أنه وقع لكل شيء من هذا ثمن على حدة.

١٢٧٤٧- ولو اشترى مختوم حنطة بعينها بمختوم شعير بغير عينه، وتقابضا، فلا بأس أن يبيع الحنطة مرابحة، وكذلك كل صنف من الكيل، أو الوزن بصنف آخر.

١٢٧٤٨- ولو اشترى قفيزًا من الحنطة بقفيز شعير بغير عينه، ثم باع الحنطة بربح ربع الحنطة لم يجز، وهذا بخلاف ما لو اشترى قلب فضة، ثم باعه بربح درهم، قال: الوارث لا يبيع ما ورثه عن أبيه مرابحة على ما اشتراه الأب، ولو أقام [المشترى بينة أن المشترى ميراث لبائعه من أبيه، كان له أن يرده عليه، ولو قال[1]:][2] البائع أنه كان ميراثًا، إلا أنه يبيع فى دين على الميت، ، واشتريته بهذا الثمن، لم يقبل قوله، وله أن يحلف المشترى على علمه، وإن أقام بينة على ذلك، قبلت بينته، وكانت أولى من بينة المشترى؛ لأنهم قد شهدوا بمثل شهادته فى الميراث، وزادوا عليها بيع الميراث، وشراءه، وكذلك لو قال[3]: إنه كان ميراثًا لى إلا أنى بعته من فلان، وقبضت ثمنه، وسلمته إليه، ثم إنى اشتريته منه بهذا الثمن، قبلت بينته فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى.

١٢٧٤٩- وروى أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فيمن اشترى عبدًا بطعام عينه، وتقابضا، لم يكن له أن يبيعه مرابحة؛ لأنه لو هلك قبل القبض، انتقض البيع، ولو رده بعيب انتقض البيع، وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى بخلاف هذا، وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه يبيعه مرابحة.

رجل رقم بزه، وزاد فى رأس المال، وقال للمشترى: أبيعكه على هذا الرقم، ولم يقل: اشتريته بذلك، ولا قال: قام على به، جاز فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه،

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و "ظ" و "ف": أقام.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ".

(٣) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى النسخ الباقية التى توجد عندنا: أقام مكان قال.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن كان المشترى جاهلا بذلك الأمر، فليس له أن يبيعه حتى يقول : زدت فى الرقم، وإن لم يقل، وعلم المشترى به بعد ذلك، فله أن يرده، وإن كان المشترى تاجرا يعرف ما جرى بين التجار من هذه الزيادة لزمه .

١٢٧٥٠- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل اشترى من آخر ثوبًا، وبطانة، وجعلها جبة، وجعل حشوها قطنا وزيتا، ووهب له، ثم حسب الثمن، وأخبر الخياط، ثم قال لغيره : قام على بكذا وكذا، وباعه مرابحة على ذلك، جاز، وكذلك الرجل يرث الثوب، فبطنه بالفرو، والذى اشتراه، ويحسب أجرة الخياط وثمن الفرو، وقال لغيره : قام على بكذا وكذا، وباعه مرابحة على ذلك، جاز، وكذلك لو كان الفرو ميراثًا، فالظهارة مشترى .

ولو باع ثوبين، قد اشترى أحدهما بعشرة، والآخر ميراثًا، باعهما مرابحة، وقال وقت البيع : قاما على بعشرة، فهذا لا يجوز، قال من قبل : إن الثوب الميراث حصة من الثمن، يرد بها بالعيب، ويرجع بها فى الاستحقاق، وهو لم يشتره بشىء، وهذا مخالف للذى وصفنا قبله من الثوب المحشو أو المبطن لأن ذلك ثوب واحد لا يزايل بعضه بعضًا، وهذان ثوبّان كل واحد منهما ثوب على حدة .

رجل اشترى عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم باعه مرابحة على ألف ومائة درهم، وتقابضا، ثم بلغ المشترى الثانى أن أصل شراء المشترى الأول كان بألف، فخاصم فى ذلك، فأقام بينة عليه بذلك، فقال بائعه : قد كنت اشتريته بألف درهم، ثم وهبته، ثم اشتريته بألف درهم ومائة، لم يصدق على ذلك، فإن طلب يمين المشترى الثانى على علمه، قال المشترى : شهدنى حين وهبته، واشتريته بألف ومائة استحلفته على علمه، ولو لم يدع بيعه هذا، ولكن هذه المائة الزيادة أنفقها عليه فى طعامه، وفى حمولته من البلد الذى اشتريته فيه إلى هذه البلد، فإن كان إنما باعه مرابحة على ما قام عليه، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان قال : اشتريته بألف ومائة، فباعه على ذلك، لم يقبل قوله فى هذه المائة أنها نفقة؛ لأنه قد أقر فى عقدة البيع أنها فى أصل الثمن .

رجل اشترى ثوبًا بخمسة عشر درهمًا، ونقد الثمن، ثم باعه بربح ده يازده، وأخبر أنه قام على بعشرة، فالنقد عشرة، وربحها، ثم قال بعده : غلطت [ثم][1] قام على بخمسة عشر،

---

(١) هكذا فى النسخة "ظ".

وكذبه المشترى، فإنه لا تقبل بينة البائع على ما ادعاه من رأس المال، وإن صدقه المشترى فى ذلك، قيل للمشترى: أعطِه خمسة دراهم ونصف، أو رده البيع فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى.

وأما فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فلا يوجد المشترى بزيادة، إنما يقال للبائع: إن شئت فافسخ البيع، وخذ الثوب، ورد ما انتقدت، وإن شئت فسلم البيع بالذى اتفقت لا يزاد عليه.

ولو قال المشترى: إنما اشتريته بخمسة، قسمت، وجعلت رأس مالك عشرة، وأراد استحلافه على ذلك، فلا يمين على البائع فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، ويستحلف فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى.

ولو أقر البائع أن رأس المال خمسة، أو قامت بذلك بينة، فإنه يرد فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: على المشترى خمسة ونصف.

وأما فى قول أى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فلا [يرد شيئًا إن شاء المشترى رد البيع، وإن شاء أمسك بالثمن الذى نقده، وإن كان][1] اشتراه تولية فى المسألتين جميعًا، فإنهما يترادّان فى الزيادة والنقصان فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى.

وكذلك قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى الزيادة، وكذلك لو ابتاعه بربح درهم على عشرة، فهو مثل ذلك فى جميع هذه الوجوه فى ده يازده.

١٢٧٥١ - وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل غصب من آخر عبدًا، فأبق منه، أو غيبه، فقضى عليه بقيمة المغصوب منه، ثم ظهر العبد كان للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التى غرم، ويقول: قام على بكذا، ولايقول: اشتريت، وفى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: اشترى جراب هروى فيه كذا ثوبًا، كل ثوب بعشرين درهمًا أنه يبيعه مرابحة على عشرين، ولو كان للجراب حصة لم يقدر على البيع مرابحة بعشرين، وكذلك دن الخل، وقوصرة التمر بمنزلة الجراب، وأما دن السمن[2] والعسل، وقد اشتراه جزافًا، فله حصة من الثمن.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) وفى النسخة "ف": زق السمن.

نوع آخر في بيان ما للمشتري أنه يلزم الزيادة في بيع المرابحة، وما ليس له ذلك:

١٢٧٥٢- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" اشترى متاعًا، فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصارة، والخياطة، والكرى، ويقول: قام على بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا [وكذا يحمل عليه ما أنفق في صبغ أو غسل أو فتل، ويقول: قام على بكذا، ولا يقول: اشتريت بكذا][1]؛ لأن ذلك كذب وخيانة، وإن قال: ذلك، ثم علم المشتري، فله الخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء رد؛ لأنه خيانة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: في مسألة القصارة والغسل والصبغ؛ لأنه لا خيار للمشتري؛ لأن الذي أنفق في الصبغ والغسل والقصارة شراء أيضًا، ولا يكون هذا من باب الخيانة، والأصل في جنس هذا أن يقال: ما جرت عادة التجار بإلحاقه برأس المال، يلحق برأس المال، وما لا فلا، أو نقول: ما أثر في المبيع، ويزاد به مالية المبيع صورة ومعنى؛ فله أن يلحق برأس المال، وما لا فلا، ولا يحمل عليه ما أنفق على نفسه في سفره، وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف.

١٢٧٥٣- وفي "المنتقى": وفي الرقيق يحمل أثمانهم وطعامهم وكراءهم، ولايحمل عليه كسوتهم، ويضم أجرة الراعي استحسانًا، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: لو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاق أجرة الراعي برأس المال، يلحقه به أيضًا، والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال، قال رحمه الله تعالى: لو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاقه برأس المال، يلحق أيضًا، ولا تضم أجرة الطبيب والرائض، والبيطار، وجعل الآبق وأجرة الحجام، وأجرة السمسار تضم إذا كانت مشروطة في العقد بالإجماع، وإن لم تكن مشروطة، بل كانت موسومة، أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى على أنها لاتضم، ومنهم من قال تضم، ولا يضم أجرة الدلال بالإجماع، بخلاف أجرة السمسار إذا كانت مشروطة في العقد، أو لم تكن على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وذكر في البرامكة: أن أجرة السمسار لا تضم من غير فصل.

١٢٧٥٤- وفي "المنتقى": ويحمل على الثمن كراء السفينة، وكراء الدابة التي حملته، ويقول: قام على بكذا، وفي الدواب يحمل على أثمانها عن العلف، ولايحمل ثمن الجلال

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والبراقع، وكذا فى الرقيق لا يحمل على الثمن ثمن العطر والإدهان، وكذا لا يضم كل ما جاوز القوت من الطعام والإدام، ولا يضم أجرة سائق الرقيق، وحافظ الطعام، والمتاع، وما عمل بيده من قصارة أو خياطة، أو ما أشبه ذلك من الأعمال لا يضمه إلى رأس المال، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ولا يضم إلى ثمن الرقيق ما أنفق عليه فى تعليم القرآن والكتابة والصناعة والشعر، وغير ذلك.

١٢٧٥٥ - وقال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى لؤلؤة، واستأجر من يثقبها ضم أجره إلى ثمنها، ويبيعها مرابحة على ذلك كله؛ لأنه يزيد فى ثمنها.

وأما الياقوت: فما كان ينقصه ذلك لا يحتسب بأجره فى الثمن، وما كان منه يزيده الثقب خيرًا، أو لا بد له احتسب بأجر ذلك، وفى الطعام لا يضم أجرة الكيالين إلى رأس المال، وتضم أجرة البقالين، وإذا جصص الدار، أو طيّنها، أو طوى بئرًا، فإنه يضم بثمن ذلك، واحتسب الأجر إلى ثمن الدار، ولا يضم الحافر، سواء حفر بئر ماء، أو بئر بالوعة.

وأما البناء[1] فى الأرض فيحتسب ذلك فى ثمنه، وكذلك النفقة فى الكراب، وكسح الكروم، ولو سقى الأرض لم يحتسب ذلك فى رأس مالها، وكذلك إذا سقى النخل، والكرم، والشجر.

ولو أحدث فى الأرض زرعًا، أو كرمًا، أو شجرًا، أو أنفق فى سقيها، يحتسب بذلك فى رأس المال ما بقى فيها، فإذا ذهب ذلك من الأرض، لم يحتسب بشيء مما أنفق من قبل أن منفعة الماء كانت للنخل، والشجر، فإذا ذهب ذلك لم يبع مرابحة إلا على الثمن الذى اشتراها به.

١٢٧٥٦ - وإذا اشترى ثمر نخل، فإنه يحتسب بأجرة اللقاط، ولا يحتسب بأجرة الحافظ.

١٢٧٥٧ - وإذا اشترى شاة، واستأجر من يذبحها ويسلخها ويملحها، فإنه يضم ذلك كله إلى رأس المال، وكذلك إذا اشترى نحاسًا، واستأجر من يضرب به آنية حسب بذلك، وكذلك الخشب ينحته أبوابًا، وكذلك الرجل يشترى الحطب، ويتخذ به فحمًا، فإنه يحتسب أجر الموقد، وأجر الأتون[2]، وأجر البقالين، وإذا اشترى غنما، وأنفق عليها فى علفها،

---

(١) وفى النسختين: "ف" و"م": القناة.

(٢) الأتون: الموقد الكبير كموقد الحمّام والجصاص، والمراد ههنا: موقد الحمام.

وأصاب من ألبانها، وأصوافها، ودون ذلك الحق الفضل من النفقة برأس مالها، ونظير هذا رجل اشترى دجاجة، وقبضها، فباضت عنده ثلاثين بيضة، فباع البيضات بدرهم، ثم أراد أن يبيع الدجاجة مرابحة إن أنفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات، جاز؛ لأنه جعل ثمن البيض عوضًا عما أنفق، وإن لم ينفق لا يجوز، هذا هو الأصل فى جنس هذه المسائل أن قدر ما أصاب من الزيادة إذا أنفق من ماله، لا يلزمه بيان ذلك فى بيع المرابحة.

نوع آخر فى بيع [بعض][1] ما اشترى مرابحة:

١٢٧٥٨- إذا كان المبيع جملة مما يكال، أو يوزن أو يعد غير متفاوت، كان للمشترى أن يبيع بعض تلك الجُمل على نصف الثمن، وبيع الربع مرابحة؛ لأن ما [لا][2] ما يتفاوت، فالثمن فيه ينقسم على الأجزاء، فنصف الثمن يكون على نصف بيقين، وثمن الربع يكون ربع الثمن[3] بيقين، فبيع النصف منه مرابحة على نصف الثمن، وبيع الربع منه مرابحة على ربع الثمن، وإن كان مختلفًا مما لا يكال، ولا يوزن، فإن باع نصف[4] مشاعًا مرابحة، جاز بأن اشترى جراب هروى، وباع ربع جميع ذلك، أو نصفه بربع الثمن، أو نصفه؛ لأن كل جزء من المشاع معلوم الحصة بالعقد، فصار كالمعين الذى لا يتفاوت، وإن باع بعضها معينًا، بأن باع ثوبًا معينًا من الجراب، وكان الثمن فى الأصل جملة، لم يبعه مرابحة؛ لأن الانقسام فيما يتفاوت باعتبار القيمة، وطريق معرفتها الحزر، والظن، ويجرى فى ذلك السهو، والغلط، وإن سمى لكل واحد ثمنًا، جاز بيعه مرابحة على ما سمى من قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وأبى يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن حصة كل واحد من الثمن معلوم بيقين، وقال محمد: لا يبيعه مرابحة؛ لأن من عادة التجار ضم الردىء إلى الجيد فى البيع بثمن واحد مع الفضل، ليرغب المشترى فى شراء الردىء لما له من المقصود فى الجيد، ويرغب البائع فى بيع الجيد لما له من المقصود فى بيع الردىء، فلو جوزنا له بيع أحدهما مرابحة من غير بيان ربما يبيع الردىء بمثل ثمن الجيد، وفيه من الخيانة ما لا يخفى.

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

(٢) هكذا فى "م" و"ف".

(٣) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: ثمن الربع.

(٤) وفى "م": بعضها بدلا من نصف.

١٢٧٥٩- وإذا اشترى ثوبًا واحدًا، واحترق نصفه، فليس له أن يبيع النصف الباقي بنصف الثمن، وإن كان الباقي نصف الثوب باعتبار الذرعان؛ لأن الثمن في الثوب الواحد لا ينقسم باعتبار عدد الذرعان؛ لأن الذرعان من ثوب واحد مما يتفاوت، وإنما ينقسم باعتبار القيمة، فنصف الثمن لا يكون ثمن النصف الباقي من حيث الإحاطة، واليقين، وكذلك إذا اشترى ثوبًا واحدًا، أو أراد أن يبيع ذراعًا منه، بأن ميز ذراعًا منه، وباعه مرابحة على ما يخصه، لا يجوز، إما لأن المتميز يوجب نقصانًا في هذا النوع، فكأنه اشترى شيئًا، وعينه، أو لأن ما يخصه من الثمن غير معلوم من حيث الإحاطة واليقين؛ لأن الثمن لا ينقسم باعتبار عدد الذرعان، وكذلك إذا لم يميزه، ولكن عين ذراعًا في جانب واحد، لا يجوز أن يبيعه مرابحة للمعنى الثاني، وإن لم يعين، وأراد أن يبيع ذراعًا منه بما يخصه، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: يفسد العقد عندهم جميعًا، وإذا فسد العقد، لا يتصور المرابحة، وقال بعضهم: يفسد العقد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما لا يفسد، كما في الدار، ويجعل الذرع عبارة عن السهم، فمتى كان الثوب عشرة أذرع كان بائعًا عشر الثوب بعشر الثمن، وذلك جائز.

١٢٧٦٠- وإذا اشترى رجلان مكيلا، أو موزونًا، أو معدودًا لا يتفاوت، واقتسماها، جاز لكل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن القسمة فيما لا يتفاوت اعتبر إفرازًا، ومعنى المبادلة فيها ساقط، فيكون ما في يد كل واحد منهما كأنه عين ما كان له قبل القسمة، ولو كانت الجملة مختلفة، فاقتسماها، لم يجز لأحدهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن القسمة فيما لا يتفاوت[1] إفراز من وجه مبادلة من وجه فيما في يد كل واحد منهما نصفه كان له قبل القسمة، ونصفه بدل عما وصل إلى شريكه من نصيبه، فصار كأنه اشترى ذلك بنصيبه، فلا يبيعه مرابحة.

١٢٧٦١- وفي "المنتقى": إذا اشترى ثوبًا بعشرة دراهم، وقطع نصفه وباعه، ثم باع النصف الباقي مرابحة على عشرة دراهم، ثم علم المشتري بذلك، فهو بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك من قبل أن النصفين يتفاضلان، أشار إلى أنه لو أراد أن يأخذ هذا النصف بنصف الثمن، ليس له ذلك؛ لأنه من ثمن هذا النصف مجهول، هذا كرجل اشترى ثوبين صفقة واحدة بثمن واحد، ثم باع أحدهما مرابحة على جميع الثمن، وعلم المشتري

(١) وفي "ف" و "م": فيما يتفاوت بدلا فيما لا يتفاوت.

بذلك، فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وليس له أن يأخذ هذا الثوب بحصته؛ لأن ثمنه مجهول.

١٢٧٦٢- وفيه أيضًا: رجل اشترى أمة، وقبضها، ففقأ رجل عينها، فأخذ لها أرشًا، فإنه يبيعها على ما بقى مرابحة، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى: هذا خلاف جواب الأصل.

١٢٧٦٣- وفيه أيضًا: رجل اشترى دارًا، وقبضها، فانهدم بناءها، فباع البعض، فأخذ ثمنه، لم يكن له أن يبيع الدار مرابحة على ما بقى من قبل أن ذلك بالحزر والظن.

مسائل هذا النوع فى الاختلاف فى المرابحة ورأس المال:

١٢٧٦٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل اشترى ثوبًا قيمته عشرة بعشرة، ودفع إليه رجل ثوبًا اشتراه بعشرة، وقيمته عشرون ليبيعه مع ثوبه، فجاء المأمور بالثوبين جميعًا إلى رجل، وقال: إنهما قاما على بعشرين، فأنا أبيعكهما مرابحة بربح عشرة، فاشتراهما على ذلك، يقسم الربح عليهما نصفان؛ لأن ثمن كل واحد منهما عشرة، أكثر ما فى الباب أن قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر، ولكن الثمن فى بيع المرابحة ينقسم على قدر رأس المال فى البيع الأول، ولا ينقسم على قدر قيمتهما فى البيع الثانى؛ لأن المرابحة بيع بثمن المثل الأول وزيادة، فيجعل هذا كالمنصوص عليه، ولو وجد المشترى الثوب بالثوب الآخر عيبًا، وأراد رده، فقال البائع: كان ثمن كل واحد منهما عشرة؛ لأن الآمر اشترى ثوبه بعشرة، وأنا اشتريت ثوبى بعشرة، فصار الثمن وهو ثلاثون منقسمًا عليهما نصفان، فلك أن ترده بخمسة عشر، وقال المشترى: لا، بل كان الثوبان لك، وقد اشتريتهما صفقة واحدة بثلاثين، فانقسم الثمن فى البيع الأول على قدر قيمتهما أثلاثًا، وانقسم الثمن الثانى وهو ثلاثون عليهما أثلاثًا، فجملة ما يقابل العيب من الثمن والربح عشرون، فأنا أرده بهذا القدر، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأن ظاهر ما قاله البائع: عند البيع شاهد للمشترى؛ لأنه قال: قاما على بعشرين، وهذه اللفظة إنما تشتمل فى صفقة واحدة، فيكون القول قول المشترى مع يمينه على العلم بالله ما يعلم أن الأمر كما قاله البائع، فإن حلف رده، وأخذه من البائع عشرون، ورجع البائع على الآمر بخمسة عشر؛ لأن فى زعم البائع أن حقه قبل الأمر فى خمسة عشر، وزعمه معتبر، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشترى أيضًا.

ولو وجد المشترى العيب بالثوب المأمور، والمسألة بحالها، فالقول قول المشترى أيضًا،

لما قلنا، ويقال للمشترى : قد أقرّ لك البائع زيادة خمسة، فإن شئت فصدقه، وخذها، وإن شئت فاتركها.

١٢٧٦٥- وفى "المنتقى" : رجل اشترى عبدًا بمائة دينار، ورجل آخر اشترى جارية بمائتين، فوكل أحدهما صاحبه ببيع مملوكه مع مملوك نفسه مرابحة، أو مساومة[١] على أى حال رأى جمعهما، فقال المأمور لرجل : إنهما قاما بثلاثمائة، فصدقه المشترى، ورابحه[٢] ربحًا، واشتراهما، وقبضهما، ثم وجد بالعبد عيبًا، وأراد رده، فقال البائع : رأس مال هذا مائة، وكذبه المشترى، وحلف على علمه ما يعلمه قام بالذى قلت، فإنهما يقومان قيمة عدل، فيرد العبد بالذى يصيبه من القيمة، فإن أصابه أقل من المائة، يقال للمشترى : أن البائع قد أقر لك بفضل، فإن شئت فصدقه، وخذه، وإن شئت فاتركه، وإن كان نصيبه أكثر من نصف الثمن، رده البائع عليه، فلزم البائع غرم لم يقبضه، ولا يرجع به على صاحب الجارية.

١٢٧٦٦- قال فى "الجامع" : ولو كان المشترى هو الذى ادعى أن شراء الثوبين كان بصفقتين، كل واحد بعشرة، وقال البائع : بل كانت الصفقة واحدة، فالقول قول البائع، فإن وجد المشترى العيب بثوب المأمور، رده بعشرة، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشترى؛ لأنه يثبت زيادة صفقة، وزيادة ثمن المردود بالعيب، وإن وجد العيب بثوب الآمر، رده بخمسة عشر؛ لأن المشترى ادعى فيه خمسة عشر، وقد أقر له البائع بخمسة زائدة، فإن شاء صدقه، وأخذ منه، وإن شاء تركه، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : هذا إذا كان البائع مصرًّا على إقراره، فأما إذا لم يكن مصرًّا على إقراره، لا يأخذه بتلك الخمسة لارتداد إقرار الأول بتكذيب المشترى، ولم يذكرههنا أن البينة بينة البائع؛ لأن البائع ببينته لا يثبت لنفسه حقًّا.

مسائل التولية:

١٢٧٦٧- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى رجل اشترى جارية بألف درهم، فولدت عند المشترى ولدًا، ثم ولى البائع رجلا [لم يبعها ولدها، قال الحاكم أبو الفضل : هذا خلاف جواب "الأصل"، وإذا ولّى رجلا][٣] شيئًا بما قام عليه، ولم يعلم المشترى بكم قام

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ" و"ف" : مرابحة وساومه.

(٢) هكذا فى "م" و"ظ"، وكان فى الأصل و"ف" : وأربحه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عليه، فالبيع فاسد، فإن أعلم البائع المشترى بكم قام عليه، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء رده؛ لأن الذى قام عليه اسم لما اشتراه به، ولما لحقه من المؤن التى التحقت بالثمن، وذلك لا يعرف إلا ببيان البائع، فإذا لم يبين، كان الثمن مجهولا، ففسد البيع، فإن أعلمه بعد ذلك، صح، يريد به إذا أعلمه فى المجلس، وهذا لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، فصار الإعلام فى آخر المجلس كالإعلام فى وقت العقد.

١٢٧٦٨- وفى "القدورى": لو باع شيئًا بربح ده يازده، ولم يعلم ما اشتراه به، فالبيع فاسد حتى يعلم المشترى، فيختار، أو يدع، وهذا رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن البيع جائز، وتأويله: أنه موقوف فى حق وصف الجواز بحكم الجواز إذا زالت الجهالة بدلالة ما فسّر أنه لو هلك ذلك الشىء، فالبيع فاسد، ويلزمه قيمته، وعذا دليل على أن العقد محكومًا بفساده، ووجب الخيار ليكشف حال الثمن عند الإعلام بعد أن يكون ملبسًا.

١٢٧٦٩- روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فيمن اشترى ثوبين بمائة درهم، فقبضهما، ثم ولى رجلا على أحدهما بعينه، لم يجز، وكذلك لو أنه أشركه فى أحدهما بعينه لم يجز، ولو كان المشترى قبض أحد الثوبين من البائع، ثم أشرك رجلا فيهما، جازت الشركة فى النصف المقبوض، وكذلك لو ولى عليهما رجلا، جازت التولية فى النصف المقبوض.

١٢٧٧٠- ولو اشترى جاريتين بألف درهم، وقبضهما، وباع إحداهما، ثم ولاهما رجلا، فالمولى بالخيار، إن شاء أخذ التى لم يبع بحصتها، وإن شاء ترك إذا لم يعلم ببيع إحداهما، وكذلك لو أشركه فيهما، جازت الشركة فى نصف التى لم يبع، وإن لم يبع إحداهما، لكنه أعتق إحداهما، أو ماتت، ثم ولاهما رجلا، أو أشركه فيهما، جاز فى الأمة الحية منهما.

وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن أحد الشيئين إذا كان طعامًا غير مقبوض، فولاهما رجلا، لم تجز التولية فى الآخر؛ لأن بيع الطعام قبل القبض لا يجوز بالإجماع، قال الحسن: وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى غيرها قال: إذا كان لا يختلف فى إبطاله؛ لأنه ليس بمال أفسدت البيع فى الآخر، وإذا كان لا يختلف فى إبطاله لعلة عارض، وهو مال أجزأت البيع فى الآخر.

مسائل الوضيعة:

١٢٧٧١ - الأصل فيه أن يضم قدر الوضيعة إلى رأس المال، ثم يسقطها من الجملة، ويكون الثمن ما بقي، ومثاله: إذا اشترى ثوبًا بعشرة، فباعه بوضيعة ده يازده، فإنك تجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءًا، فتكون الجملة مائة [وعشرة، فيسقط منها جزء من أحد عشر، وذلك العشرة تبقى هناك مائة، وهى تسعة دراهم، و][1] جزء من أحد عشر جزءًا من درهم، وإنما جعلنا كل درهم على أحد عشر [جزءًا؛ لأنه لما باعه بوضيعة ده يازده، فقد جعل الوضيعة جزءًا من أحد عشر جزءًا][2]، فيجعل كل درهم أحد عشر جزءًا لهذا، فيصير الجملة مائة وعشرة أجزاء، سقط من كل أحد عشر واحد، يبقى مائة، وهى تسعة دراهم، وجزء من درهم، وعلى هذا القياس يجرى الباب، حتى لو باعه بوضيعة ده دوازده، يجعل كل درهم اثنى عشر، فيكون مائة وعشرون، يسقط منها عشرون، بقى هناك مائة، وهى ثمانية دراهم ثلث درهم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل السادس عشر
في الاستحقاق، وبيان حكمه

١٢٧٧٢- استحقاق البيع على المشترى يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه، وفسخه فى ظاهر الرواية، وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الخصومة من المستحق، وطلب الحكم[1] من القاضى دليل النقض [العقد، فينتقض به العقد، كما ينتقض بصريح النقض، حتى لا يعمل إجازة المستحق بعد ذلك، وعن أبى يوسف رحمه الله أن أخذ المستحق العين بحكم القاضى دليل النقض][2]، فينتقض به العقد، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أن المستحق إذا قال عند الخصومة: أنا أقيم البينة لا أجيز العقد، فحكم له، لا ينتقض العقد، ويعمل إجازته، وإن لم يقل ذلك، لا تعمل إجازته.

وفى "ظاهر الرواية": ليس بشىء من ذلك دليل النقض، أما الخصومة وطلب الحكم فلأنهما لإثبات الاستحقاق، وإظهاره، والاستحقاق لو كان ثابتًا ظاهرًا يوم البيع، لا يمنع انعقاد البيع، فظهوره فى الانتهاء لا يوجب النقض والفسخ من طريق الأولى□ والأخذ بحكم القاضى محتمل، يحتمل التأمل والتلوم، ويحتمل النقض والفسخ، والعقد جائز بيقين، فلا يثبت النقض بالشك، وإذا أجاز المستحق البيع، وعمل إجازته، كان الثمن للمستحق، ولكن البائع يقبضه، ويدفعه إلى المستحق.

١٢٧٧٣- وإذا كان المشترى شيئًا واحدًا، كالثوب الواحد، والعبد الواحد، فاستحق بعضه قبل القبض، أو بعده، فللمشترى الخيار فى الآخر؛ لأن الصفقة تفرقت على المشترى قبل التمام، وإن استحق أحدهما بعد القبض، فلا خيار له فى الآخر، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لأنها تفرقت بعد التمام، وإن كان المشترى مكيلا أو موزونًا، واستحق بعضه، فللمشترى الخيار فيما بقى، إن شاء أخذه بالحصة، وإن شاء تركه.

١٢٧٧٤- وإذا كان المشترى شيئين، كالثوبين، والعبدين، فلم يقبضهما حتى استحق إحداهما، أو قبض أحدهما، فللمشترى الخيار فى الآخر؛ لأن الصفقة تفرقت على المشترى

(١) وفى النسخة "ظ": الحكومة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

قبل التمام، وإن استحق أحدهما بعد القبض، فلا خيار له في الآخر؛ لأن الصفقة وإن تفرقت عليه إلا أنها تفرقت بعد التمام، وإن كان المشترى مكيلا أو موزونًا، واستحق بعضه قبل القبض، فللمشترى الخيار فيما بقى لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، وإن استحق بعضه بعد القبض، فعن أبي حنيفة رضى الله تعالى روايتان.

١٢٧٧٥- وفى "المنتقى": رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، ووهب البائع الثمن للمشترى قبل القبض، أو بعده، ثم استحق العبد، فلا سبيل للمشترى على البائع؛ لأن ما وهب البائع للمشترى ماله، فلا يضمن له ماله في يده، ولو أجاز مستحق العبد العقد قبل أن يقضى له بالعبد، فإن البيع جائز، والهبة جائزة في قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه، إن كانت الهبة قبل قبض الثمن، ويضمن البائع مثله لرب العبد، ولا تجوز الهبة بعد القبض، فيؤديه المشترى، ويكون لرب العبد، وأما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلا تجوز الهبة في الوجهين جميعًا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء.

ولو أذن له في الابتداء ببيع عبده فباعه، ووهب الثمن من المشترى، كان الحكم ما ذكرنا، فههنا كذلك.

١٢٧٧٦- قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الدعوى: رجل اشترى من آخر أمة شراء جائزًا، أو فاسدًا، أو ملكها بهبة، أو صدقة، واستولدها، ثم استحقها رجل ببينة أقامها، قضى القاضى بالجارية وأولادها للمستحق؛ لأن الأولاد فرع ملكه، إلا إذا ثبت غرور المشترى المستولد، ولا بد لذلك من البينة على الشراء، أو الهبة، أو ما أشبه ذلك، فإذا أقام المستولد بينة على ذلك، ثبت غروره؛ لأنه وطئها على حسبان أنه ملكه، وهذا هو حد الغرور، وولد الغرور حر بالقيمة، فيقضى القاضى حينئذ للمستحق بالجارية، وبقيمة الولد، ويقضى بعقر الجارية أيضًا، ولا يرجع المستولد على مملكها بالعقر، بائعًا كان أو واهبًا، ويرجع بقيمة الأولاد عليه إن كان بائعًا، ولا يرجع عليه إن كان واهبًا، والفرق أن البائع بالبيع ضمن سلامة الجارية للمشترى؛ لأن المشترى ضمن له سلامة الثمن، وهذا عقد مجازاة ومقابلة، ولأجل ذلك يثبت له حق الرد بالعيب، وضمان سلامة الجارية يكون ضمان سلامة الزوائد بطريق التبعية، ولم يسلم الزيادة للمشترى لما ضمن قيمتها للمستحق، فيرجع على البائع بذلك بحكم الضمان، فأما الواهب لم يضمن سلامة الموهوب للموهوب له ليصير ضامنًا سلامة الزوائد بطريق التبعية؛ لأن ضمان سلامة المبيع من البائع بمقابلة ضمان سلامة البدل، ولا بدل في الهبة، ومجرد الغرور لا يثبت حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة، إما نصًا، أو في ضمن

عقد المعاوضة، حتى لو كان الواهب ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصّا، نقول بأنه يرجع على الواهب بقيمة الولد.

فإن كان المشترى باع الأمة من رجل آخر، واستولد المشترى الثانى، ثم استحقها رجل، وأخذ الجارية، وقيمة الأولاد من المشترى الثانى، رجع المشترى الثانى على المشترى الأول بقيمة الأولاد، فالمشترى الأول هل يرجع على بائعه بقيمة الأولاد؟ على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى: لا، وعلى قولهما: يرجع، لهما أن البائع ضمن المشترى الأول ضمن سلامة الأولاد، ولم يسلم له الأولاد حتى أخذ منه قيمة الأولاد، والدليل عليه أن المشترى الأول فى هذه الصورة يرجع على بائعه بالثمن، وإنما يرجع؛ لأن بائعه ضمن له سلامة المبيع، ولم يسلم له المبيع لما رجع المشترى الثانى عليه بالثمن، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن البائع الأول ضمن للمشترى الأول سلامة أولاده، لا سلامة أولاد المشترى[1] منه، وهذا لأن ضمان السلامة فى ضمن [البيع، فإنما يثبت ضمان سلامة أولاد المشترى الثانى فى ضمن البيع][2] الثانى، والبيع الثانى مقصور على البائع الثانى؛ لأنه حصل باختياره، فما وجد فى ضمان السلامة فى صحته، يكون مقصوراً على البائع الثانى أيضًا، ألا ترى أن ضمان تسليم المبيع إلى المشترى الثانى لما وجب بالبيع الثانى، والبيع الثانى مقصور على البائع الثانى، وجب التسليم على البائع الثانى، لا على البائع الأول، بخلاف الرجوع بالثمن؛ لأن البائع الأول ضمن للمشترى الأول ما باع منه، ولم يسلم له ذلك، لما رجع الثانى على المشترى الأول بالثمن.

١٢٧٧٧- اشترى داراً، وبنى فيها بناءً، ثم استحق رجل الدار بالبينة، ونقض بناء المشترى، فالمذكور فى عامة الكتب أن المشترى يرجع على البائع بقيمة البناء، وذكر فى شركة "الجامع": أن للمشترى الخيار فى البناء المنقوض، إن شاء أمسكه، ولا يرجع على البائع بما لحقه من زيادة غرم؛ لأنه لما اختار النقض، فقد برأ البائع عن الضمان، وإن شاء ترك النقض على البائع، ورجع عليه بقيمة البناء مبنيًا.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: إذا اختار المشترى إمساك النقض، فله أن يرجع على البائع بما يلحقه من زيادة غرم، وقاسه على ما إذا خرق ثوب إنسان خرقًا فاحشًا،

---

(١) وفى "م": أولاد المشترى الثانى، وهذا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كان لصاحب الثوب أن يمسك الثوب، ويضمن النقصان، كذا هذا.

ولو أن المشترى باع الدار من رجل آخر، وبنى فيها المشترى الثانى بناء، ثم استحقها رجل من المشترى الثانى، يرجع المشترى الثانى على المشترى الأول بالثمن وبقيمة البناء، ويرجع المشترى الأول على بائعه بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة البناء عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، خلافًا لهما[1].

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى عنه رواية أخرى أنه قال فى رجوع المشترى الأول على بائعه بقيمة البناء: أنا أقف على هذا حتى أنظر.

قال الحاكم أبو الفضل: ذكر المعلى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه قال: لا يرجع المشترى الأول على بائعه بالثمن حتى يؤدى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: حتى يقضى عليه، فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا، وبين ما إذا غصب رجل من رجل عبدًا، وجنى العبد فى يد الغاصب جناية، ثم قبضه المغصوب منه، فليس له أن يرجع على الغاصب بأرش جنايته حتى يرجع عليه.

١٢٧٧٨- وفى "المنتقى": رجل اشترى دارًا، وبنى فيها بناء، ثم استحق نصف الدار[2]، رد ما بقى من الدار، ويرجع بنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور فى نصفها، ولو كان استحق نصف الدار بعينه، فإن كان البناء فيه خاصة رجع فيه بقيمة البناء، وإن كان البناء فى النصف الذى لم يستحق، فله أن يرد ذلك النصف، وليرجع بشىء من قيمة البناء.

وعن محمد رحمع الله تعالى: فيمن اشترى دارًا على أن البائع فيه بالخيار، فبنى المشترى فيها بناء، ثم اختار[3] البائع البيع، ثم استحقت الدار، فقال: لايرجع المشترى على البائع بشىء من قيمة البناء، قال: لأنه بنى فيها قبل أن يملكه البائع منه.

وفى شركة "الجامع": اشترى دارًا من رجلين، وبنى فيها بناء، ثم استحق رجل الدار، ونقض بناء المشترى، ثم حضر أحد البائعين، كان للمشترى الخيار، إن شاء أمسك المنقوض، وإن شاء سلم نصف المنقوض إليه، ويرجع عليه بنصف قيمة البناء؛ لأنه صار مغرورًا من جهته فى النصف، فإن حضر البائع الآخر بعد ذلك، كان للمشترى الخيار فى النصف الآخر،

---

(١) وفى "م": عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما يرجع بقيمة البناء.

(٢) وفى "م": ثم استحق الدار نصفها شائعا ورد ما بقى.

(٣) وفى "م": ثم أجاز.

واختياره أحد الشيئين مع الأول فى أحد النصفين لا يكون اختياراً لذلك مع الثانى، فله أن يختاره مرة أخرى.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن اشترى جارية، ووهبها من رجل، وسلمها إليه، ثم إن الواهب اشتراها من الموهوب له، واستولدها، واستحقها مستحق، يرجع على البائع، وهو الموهوب له بقيمة الولد؛ لأنه مغرور.

روى أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى من آخر أمة، وقبضها، ونقد الثمن، فاستحقها رجل بالبينة، وقضى القاضى بها للمستحق، وأراد المشترى أن يرجع على البائع بالثمن، فقال له البائع: قد علمت أنهم شهدوا بالزور، وأن الأمة لى، وقال المشترى: أنا أشهد بذلك أن الأمة لك، وأنهم شهدوا بالزور، فللمشترى أن يرجع على البائع بالثمن بعد هذا الإقرار، قال من قبل أن المبيع لم يسلم له والشهادة على البائع، فلا يحل له أن يأكل الثمن، والمبيع لم يسلم للمشترى.

١٢٧٧٩- رجل اشترى أمة من رجل، وقبضها، ثم اشتراها منه أهل الحرب، ثم اشتراها هذا الرجل منهم، ثم استحقها مستحق بالبينة، وقضى القاضى له أن يأخذها بالثمن، فله أن يرجع بالثمن على بائعها الأول.

١٢٧٨٠- وفى "المنتقى": رجل وطئ جارية ابنه، فولدت له، فضمن قيمتها لابنه، ثم ولدت له ولداً آخر، ثم استحقها رجل، فقضى له بها، واستولدها، واستحقها مستحق، فقضى بها له، وبعقرها، يرجع على الابن بالقيمة التى ضمن له وبقيمة الولد، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى: هذا خلاف جواب "الأصل"، وذكر بعد هذا بمسائل.

رجل وطئ جارية ابنه، وعلقت منه، فادعى الولد حتى ثبت نسبه منه، وغرم قيمة الجارية بيقين، ثم ولدت بعد ذلك أولادا، ثم استحقها رجل، وأخذ عقرها وقيمة الولد، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يرجع الأب على ابنه بشىء من قيمة الأولاد، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يرجع عليه بقيمة كل ولد ولدته بعد الولد الأول.

١٢٧٨١- وفيه أيضًا: جارية بين رجلين، اشترياها من رجل، فاستولدها أحدهما، وضمن لشريكه نصف قيمتها، ونصف عقرها، ثم استولدها ثانيًا، ثم استحقها مستحق، وقضى القاضى له بالجارية، ويقيم الولدين وبالعقر على المستولد، فإن المستولد يرجع على الشريك بما ضمن له، ثم يرجعان بالثمن على البائع، ويرجع المستولد على البائع بنصف قيمة الولد من حصته من الشراء.

ولا يرجع عليه بالنصف الباقى ؛ لأنها حصة شريكه لم يشترها منه ، ولا من الشريك إنما هو ضمان دخل عليه بالاستهلاك ، وبطل الاستهلاك .

١٢٧٨٢- قال : ولو أن رجلا غصب أمة ، فأبقت منه ، فضمن قيمتها ، ثم وجدها واستولدها ، ثم استحقها مستحق ، وأخذها وعقرها وقيمة ولدها بقضاء القاضى ، فالغاصب يرجع على المغصوب منه بالقيمة التى دفعها إليه ، وبقيمة الولد ، قال : ولا يشبه الغاصب فى هذا الشريك بمنزلة النكاح .

ألا يرى أنه ضمنه حصته من القيمة ، وإنما يثبت نسب الولد من قبل الشريك الرق للواطئ فيه ، فليس الشريك بغار فى هذا .

١٢٧٨٣- وروى المعلى عن أبى يوسف : فى رجل اشترى أمة وأعتقها ، ثم تزوجها ، فجاء بولد ، ثم استحقها رجل قال : هو مغرور ، ويرجع بقيمة الولد ، وقال محمد : هو ليس بمغرور ، ولا يرجع بقيمة الولد .

١٢٧٨٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : رجل باع لرجل ساجة ملقاة فى الطريق ، وقبض الثمن ، وخلى بين المشترى وبين الساجة ، ولم يحركها المشترى من موضعها ، فقد صار قانصًا لها ، فإن أحرقها رجل ، فهى من مال المشترى ، فإن جاء مستحق ، واستحقها بالبينة ، فالمستحق بالخيار إن شاء ضمن المحرق ، وإن شاء ضمن البائع إن كان البائع هو الذى ألقاها فى ذلك الموضع ، ولا سبيل للمستحق على المشترى إن لم يكن المشترى حركها من ذلك الموضع .

١٢٧٨٥- رجل باع أمة من رجل ، فلم يقبضها المشترى حتى زاد البائع فى المبيع أمة أخرى ، ثم استحقت الأولى ، فإن شاء المشترى أخذ الزيادة بحقها من الثمن ، كأن الشراء وقع عليهما جميعًا .

وذكر الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف : فى رجل اشترى عشر بنصان ، واستحق بعضها ، أو تلف قبل القبض أنه قال فيه قولان : أحدهما : أن يبطل من الثمن بقدر العدد ، والثانى : أنه يبطل بقدر حصته ذلك من الثمن لو قسمه على القيمة ، فعلى القول الأول : لم يجعلها مختلفة ، وعلى القول الثانى : جعلها مختلفة .

١٢٧٨٦- رجل باع جارية غيره ، وتقابضا ، ثم اختلف البائع والمشترى ، فقال البائع : بعتها بغير أمر صاحبها ، وقال المشترى : لا ، بل بعتها بأمر صاحبها ، فالقول قول المشترى ، والمسألة معروفة .

ولو أن المشترى استولدها بعد ذلك، ثم استحقها مولاها[١]، قال أبو يوسف : يأخذ المولى الولد عبدًا له مع الجارية ؛ لأن المشترى ليس بمغرور .

١٢٧٨٧- رجل اشترى نصف عبد، ثم اشترى آخر النصف الآخر، فقبض الآخر، ولم يقبض الأول مما استحق، فهو منهما، وإن قبض الأول، ولم يقبض الآخر فما استحق، فهو من الآخر، وإن فما استحق، فهو منهما .

١٢٧٨٨- [رجل معه قفيزان من بر فى زنبيل، باع قفيزًا من رجل بدرهم، ولم يقبضه المشترى حتى باع من آخر قفيزًا منه بدرهم، ثم استحق أحدهما رجل، فإن شراء الثانى بطل، والبيع الأول جائز، وسيأتى جنس هذا بعد هذا -إن شاء الله تعالى-][٢].

١٢٧٨٩- رجل اشترى من رجل دارًا بألف درهم، ونقده الثمن، وقبض الدار، وأقام أخو المشترى بينة، أن الدار كانت لأبيه تركها ميراثًا له، ولأخيه هذا المشترى، فإنه يقضى له بنصف الدار، فبعد ذلك ينظر إن كذبه المشترى كان المشترى بالخيار إن شاء رد النصف الباقى على بائعه، ورجع عليه بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه، ورجع عليه بنصف الثمن، وإن صدقه المشترى بقى النصف فى يده بنصف الثمن، ورجع على بائعه بنصف الثمن أيضًا من الدرك يرجع عليه بالثمن دون قيمة البناء إلا أن يسميه .

وأما الضامن للخلاص وهو أن يسلم العبد من يد البائع إلى المشترى ويخلصه من يد المستحق [ويسلمه إلى المشترى لو مات العبد فى يد البائع قبل أن يسلمه][٣]، فليس على ضامن الخلاص رد الثمن .

وإن مات العبد فى يد المستحق، فعلى ضامن الخلاص رد الثمن، وليس موته[٤] فى يد المستحق بمنزلة موته[٥] فى يد البائع، وإذا ضمن له الدرك، فإنما هو من الاستحقاق، وليس يوجد أن يسلمه من يد البائع .

١٢٧٩٠- وفى "نوادر هشام" عن محمد: رجل اشترى أرضًا بشربها، واستحق الشرب

---

(١) وفى النسخة "م": مستحق بدلا من مولاها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و "م".

(٤) وفى "ظ": مؤنة.

(٥) وفى "ظ": مؤنة.

قبل القبض أخذ الأرض بجميع الثمن إن شاء، وكذلك المسيل وإن كان قد قبض، وأحدث فيها غرسًا، أو بناء، أو زرعًا، رجع بنقصان الشرب والمسيل.

قال محمد: كل شيء إذا بعته مع غيره جاز البيع فيه، فإذا استحق ذلك الشيء، فإن شاء المشترى أخذ الباقى بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وكل شيء إذا بعته وحده جاز، وإذا بعته مع غيره جاز أيضًا كان له حصة من الثمن.

١٢٧٩١- قال هشام: قلت لمحمد: رجل اشترى أمة هى ليست بحاضرة، فقبضها ولم تقر بالرق، وباعها من رجل آخر، ولم يقر بالرق أيضًا، وقبضها المشترى الآخر، ثم ادعت أنها حرة قال: يعتقها القاضى، ويرد بعضهم الثمن على البعض، فإن قال المشترى الأول: قد كانت أقرت بالرق، وليس له على ذلك بينة، ولم يقر المشترى الثانى بذلك، قال: يرد المشترى الثانى بالثمن على المشترى الأول، ولا يرد المشترى الأول على بائعه؛ لأن المشترى الأول مقر، أنها أقرت له بالرق.

١٢٧٩٢- وفى "الفتاوى": رجل اشترى جارية، وباعها حتى تداولتها الأيدى، ثم ادعت الجارية فى يد المشترى الآخر أنها حرة الأصل، وردها صاحبها على بائعها بقولها، وقبل بائعها منه، وردها هو أيضًا على بائعه، وقبل منه، فأراد أن يرد على بائعه، فليس لبائعه أن لا يقبلها منه إن لم تكن انقادت للبيع؛ لأن القول قولها فى حرية الأصل إذا لم تكن انقادت للبيع، فثبت الحرية بقولها فى حق الكل.

وإن كانت انقادت للبيع بأن بيعت وسلمت إلى المشترى، وهى ساكنة، فللبائع الأول أن لا يقبلها؛ لأنها لما انقادت للبيع، فقد أقرت بالرق، فدعوى حرية الأصل منها بعد ذلك دعوى العتق العارض، والعتق العارض لا يثبت بمجرد قولها، فكان للأول أن لا يقبلها كما لو ادعت العتق العارض.

١٢٧٩٣- قال هشام: وسألت محمدًا عن غلام لم يبلغ الحلم، باعه إنسان، فأقر بأنه مملوك له، وهو يعبر عن نفسه، ثم استحق بالحرية، وغاب البائع، ولا يدرى أين هو؟ هل يرجع المشترى على الغلام بالغرور؟ قال: لا، قلت: فالرجل الذى اشترى عبدًا أقر على نفسه بالرق، وغاب البائع، وقبض المشترى، ولم ينقد الثمن، فأعتق القاضى العبد؛ لأنه كان حر الأصل، هل يشهد القاضى ببراءة المشترى عن الثمن، والبائع غائب؟ قال: نعم.

١٢٧٩٤- قال: وسمعت محمدًا يقول: رجل اشترى عن صبى لم يأذن له أبوه، أو وصيه فى التجارة جارية، فاستولدها، ثم استحقها إنسان، فإنه يأخذها، وولدها رقيق،

والنسب ثابت، وكذلك إن اشتراها من عبد محجور عليه.

ولو اشترى رجل جارية بعبد، وتقابضا وولدت الأمة من المشترى، فإذا العبد والأصل، فإن لبائع الجارية أن يأخذ الجارية وعقرها، وولدها رقيقا، والولد ثابت النسب.

قال هشام: قلت لمحمد: فإن كان الذى باع العبد كان اشتراه من غيره قال الولد: يكون له بالقيمة.

١٢٧٩٥- رجل اشترى أمة، وقبضها، فادعاها آخر[1]، فاشتراها منه أيضًا، ثم استحقت الأمة، وقد ولدت للمشترى، قال محمد: يرجع بالثمنين على البائعين، فإن كانت الأمة جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت اشتراها من الآخر، رجع بقيمة الولد التى يغرمها للمستحق على المشترى الآخر، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت شراءها من المشترى الآخر لا يرجع بقيمة الولد على واحد منهما؛ لأن إقراره الثانى براءة الأول.

قال محمد: ويضمن البائع فى الأرض المشتراة إذا استحقت البناء، والغرس والزرع وفى أن الزرع أن ينظر ما قيمة الزرع، فيضمنه البائع.

قال هشام: وذلك إذا لم يستحصد وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل اشترى جارية، فولدت منه واستحق رجل نصفها قضى له عليه بنصف قيمتها، وبنصف عقرها.

فإن قضى بذلك، ثم استحق رجل آخر النصف الآخر بعد ذلك، فإنه يقضى له أيضًا بنصف قيمة الجارية، وبنصف عقرها، ويقضى عليه بقيمة الولد بينهما نصفين.

١٢٧٩٦- رجل اشترى جارية، وقبضها، فولدت، ثم أعتقها، وتزوجها، فولدت له ولدًا آخر، ثم استحقت، فليس عليه إلا عقر واحد، وكذلك لو لم يزوجها بعد العتق، ولكنه زنى بها، فولدت له أولادا، ثم استحقت، لم يغرم للمستحق إلا عقر واحد، وصار ذلك العتق ليس بعتق، فكأنه وطء على الملك الأول، ويثبت نسب الأولاد، ويغرم قيمتهم، ويرجع على البائع بقيمة الأولاد الذين كانوا بعد العتق.

١٢٧٩٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل فى يده كران من حنطة، باع كرا منها من رجل بثمن مسمى، ودفعه إليه، فاستحق من يده، قال: يأخذ المشترى الكر الثانى، ولا ينتقض البيع، فإن لم يستحق الأول حتى باع الكر الثانى، ودفعه، ثم استحق الأول، قال: يبطل البيع فيه، ولا سبيل له على المشترى الثانى، ولو كان فى يده كران، فباع

(١) وفى "م": ورجل.

أحدهما، ولم يدفعه حتى باع الآخر، ودفعه، ثم باع الكر الثانى، ودفعه، ثم حضر المشترى الأول، ووجد المشتريين جميعًا، فالمسألة فإنما سبيله على المشترى الثالث؛ لأن البائع قد كان له أن يبيع الكر الثانى بعد بيعه من المشترى الأول، فلما باعه وقع البيع [على ما يملكه][1]، وجاز الدفع إليه، ثم لما باع الكر الآخر، لم يجز بيعه؛ لأنه للمشترى الأول، فإن لم يجد المشترى الأول الثالث إنما وجد المشترى الثانى يقضى له بنصف ما فى يده، فإذا حضر الثالث، أخذ جميع[2] ما فى يده، فيكون بينهما نصفين، وكذلك لو كان مكان الكرين عبدًا، فباع نصفه من رجل، ولم يدفع إليه، ثم باعه نصفه من آخر، ودفعه إليه، ثم باع نصفه من ثالث، ودفعه إليه.

١٢٧٩٨- وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: فى رجل باع قفيزًا من طعام - وهو ثلاثة أقفزة- من رجل، ثم باع قفيزًا من رجل آخر، ثم باع قفيزًا من ثالث، ثم كال لهم الأقفزة الثلاثة، ثم استحق القفيز الأول، قال: يأخذ المستحق القفيز الثالث، فيكون الكلام له؛ لأن صاحب الطعام باع القفيز الأول وهو يملكه، وباع الثانى وهو يملكه، وباع الثالث، وهو لا يملكه.

١٢٧٩٩- رجل اشترى من دار نصفها مشاعًا، ثم استحق نصفها قبل القسمة، فالبيع على النصف الباقى، فإن كان قسم للمشترى، ودفع إليه ما اشترى، ثم استحق النصف الذى اشترى من يد المشترى، فللمشترى نصف نصف الباقى، وهو ربع جميع الدار.

١٢٨٠٠- ولو اشترى من صبرة نصفها، وهو كر، ثم استحق نصفها قبل القسمة، أو بعد القسمة والقبض، فإنه يأخذ جميع النصف الباقى من الكر، ولو اشترى من عبد نصفه، كان ما استحق من نصف البائع، ويسلم للمشترى نصفه، وفرق بين العبد والدار.

١٢٨٠١- رجل وهب لرجل عبدًا، أو تصدق به عليه، فاستحق من يد الموهوب له، أو من يد المتصدق عليه، كان للواهب أو المتصدق أن يرجع على بائعه بالثمن، رواه ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى.

وروى ابن سماعة عنه أيضًا: فى رجل اشترى من رجل عبدًا، ووهبه، ثم إن الموهوب له وهبه من رجل آخر، ثم استحق العبد من يد الموهوب له الآخر، كان للمشترى أن يرجع

---

(١) هكذا فى "ظ" و "م"، وكان فى الأصل و "ف": عليها بملكه.

(٢) هكذا فى الأصل والنسخة "ظ"، وكان فى النسختين: "ف" و "م": أخذا جميعا ما فى يده.

على بائعه بالثمن[1]، ولو كان المشترى للعبد باعه من رجل، ثم وهبه لرجل من الابتداء، ثم إن الموهوب له باعه من رجل، ثم استحق من يد المشترى الآخر، فالمشترى الأول لا يرجع على بائعه، قيل: إنه يرجع الآخر على بائعه وهو الموهوب له، فإذا رجع عليه، رجع المشترى الأول على بائعه.

١٢٨٠٢- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل اشترى زق سمن أو عسل، أو جرة زيت أو دهن، أو سلة زعفران، أو جوالقًا من دقيق، أو حنطة، ثم استحق شيئًا منها، فللمشترى الخيار، إن شاء أخذ الباقى بحسابه من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن هذا شيء واحد، فيكون الحال فيه قبل القبض، وبعده سواء.

ولو كان اشترى زقى سمن، أو قوصرتى تمر، أو جرتى زيت، أو جوالقى حنطة، واستحق أحدهما إن كان قبل القبض، فله أن يرد البيع كله، وإن كان بعد القبض، فليس له أن يرد الآخر، ولا يرجع إلا بحساب ما استحق، وكذلك سائر ما وصفت لك.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى رجل اشترى من رجل دارًا، وقبضها، فاستحق رجل نصفها، فأقام المشترى بينة أنه اشتراها من هذا المستحق، ولم يوقت وقتًا، قال: لا يرجع المشترى على البائع بثمن ذلك النصف إنما هذا رجل اشترى من رجل دارًا، فادعاها آخر، فاشتراها منه أيضًا، ولو أقام البينة أنه اشتراها منه بعد الاستحقاق، رجع على البائع الأول بنصف الثمن.

١٢٨٠٣- ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل اشترى من رجل أرضًا بيضاء، وبنى فيها بناء، ثم استحقت الأرض، وقضى القاضى على المشترى بهدم البناء، فهدمه، ثم استهلكه، فلا شيء على البائع من قيمة البناء، وهذا اختيار منه له، وإن لم يستهلكه، ولكن المطر أفسده، كان البناء صحيحًا، فصار طينًا، أو كسره رجل، فعلى البائع فضل ما بين النقض والبناء، وإن شاء البائع أخذ النقض على تلك الحالة، وأعطاه قيمة البناء مبنيًا، ويرفع عنها ما حدث فى النقض من النقصان من كل وجه، فإن اختار هذا، فالمشترى بالخيار، إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، وكذلك كل فساد يدخله بضمان، أى بالجناية أحد[2]، فالمشترى بالخيار، والبائع بالخيار، فإن اتفقا على وجه من ذلك، أمضى بينهما، وإن

---

(١) وفى "م": أن يرجع على بائعه بالثمن، ورأيت فى موضع آخر: للمشترى أن يرجع على بائعه.

(٢) هكذا فى النسختين: "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": أى الجناية أخذ.

اختلفا، ترك في يد المشتري، وضمن البائع فضل ما بين النقض إلى البناء، وإن كان النقصان من غير جناية أحد، فهو مثل ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كان للمشتري أن يمسكه، ويرجع ما بين الفضل إلى البناء، كما يمسك المفقود عيناه، ويرجع بالنقصان.

١٢٨٠٤- رجل اشترى دارًا، وبنى فيها، وغاب، ثم إن البائع باعها من رجل آخر، ونقض المشتري الآخر بناء الأول، وبنى فيها ثانيًا، ثم جاء الأول، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يكون الثاني بناءها بآلات هي ملكه، وفي هذا الوجه يضمن المشتري الثاني للمشتري الأول حصة البناء من الدار العامرة، ونقض البناء الأول للمشتري الأول إن كان قائمًا، وإن كان الثاني استهلكه، ضمن قيمة ذلك للمشتري الأول، وإن بنى بنقض الأول، فالمشتري الثاني يضمن للمشتري الأول حصة البناء من الدار العامرة، وللمشتري الأول أن يمسك البناء، وليس للمشتري الثاني رفعه؛ لأنه عين ملك الأول، وإن أراد المشتري الثاني في ذلك زيادة، أعطاه قيمة الزيادة من غير أن أعطاه أجر العامل؛ لأن الزيادة عينها مال متقوم، فأما العمل، فلم يتقوم إلا بعقد، ولم يوجد العقد.

١٢٨٠٥- وفي "مأذون الكبير": اشترى أمة، واستولدها، واستحقها رجل بالبينة، وقضى على المشتري بقيمة الولد، رجع المشتري بذلك كله على بائعه، وفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اكتسب اكتسابًا، أو وهب لها، ثم استحقت، وقضى للمستحق بالكسب والهبة، حيث لا يرجع المشتري على البائع بالكسب والهبة، ولو اشترى أرضًا، وأحياها، أي عمّرها، فاستحقت من يد المشتري، هل يرجع المشتري على البائع بما أنفق في عمارتها، ومرمتها، فلارواية لهذه المسألة، وقيل لايرجع؛ لأن الإحياء حصل بتصرف المنافع، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد.

وسئل شمس الإسلام[١] الأوزجندي رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من آخر جارية، ثم ظهر أنها حرة، وقد مات البائع، ولم يترك شيئًا، ولا وارث له، ولا وصي، غير أن بائع الميت حاضر، قال القاضي: يجعل للميت وصيًا حتى يرجع المشتري على وصي الميت، ثم وصي الميت يرجع على بائع الميت.

سئل هو عمن اشترى سكنًا في دكان وقف، فقال المتولي: ما أذنت له بالسكنى، وأمرنا بالرفع، هل للمشتري أن يرجع على البائع؟ قال إن كان البيع بشرط القرار، رجع لفوات الشرط، وظهور العيب، وإلا فلا رجوع له على البائع بوجه مّا، لا بالثمن ولا بالنقصان

(١) وفي "ظ" و"ف": شيخ الإسلام.

أيضًا.

ذكر في "مجموع النوازل": في رجل اشترى من آخر أرضًا بعينها، وقبضها، فجاء مستحق، واستحقها بالبينة، وقضى القاضي بالأرض له، وطلب المشتري من البائع الثمن، فرد الثمن عليه، ثم ظهر فساد الدعوى، وفساد القضاء بفتوى الأئمة، هل للمستحق عليه أن يسترد تلك الأرض، ويقول: قد ظهر بطلان القضاء؟ قال: لا؛ لأن المشتري لما رجع على البائع بالثمن، ورد البائع الثمن عليه، فقد فسخًا العقد فيما بينهما بالتعاطي، فانفسخ العقد من كل وجه، وارتفع حكمه، فكيف يستردها، قال: ولو لم يرجع المشتري على البائع بعد ما قضى القاضي بالأرض للمستحق، وفسخ العقد بينهما، ثم بعد ذلك ظهر بطلان قضاء القاضي، وبطلان الاستحقاق كان لهذا المستحق عليه استرداد الأرض في هذه الصورة؛ لأنه ظهر بطلان الفسخ بناء على ظهور بطلان القضاء، بخلاف الفصل الأول [هكذا ذكر، ويجب أن يكون هذا قول أبي يوسف أولا، وهو قول محمد، أما على قول أبي يوسف الآخر -وهو قول أبي حنيفة-: لا يكون للمستحق عليه استرداد الأرض، فالأصل عندهما أن قضاء القاضي إذا اعتمد شيئًا صحيحًا من حيث الظاهر، ثم ظهر عدم السبب من الأصل، لا يبطل القضاء، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود، والفسوخ بشهادة الزور][1].

قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل اشترى جارية، فولدت عنده ولدًا لا باستيلاده، ثم استحقها رجل بالبينة، أخذها وولدها.

١٢٨٠٦- ولو أقر المشتري بالجارية لإنسان، أخذ المقر له الجارية، ولا يأخذ ولدها، والوجه في ذلك أن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل، فتكون الشهادة بالملك [المطلق شهادة بالملك][2] من الأصل لأن الشهود إنما يشهدون على وفق الدعوى، فيكون القضاء بالملك المطلق؛ لأن القاضي يقضي بما يشهد به الشهود، والشهادةحجة مطلقة متعدية، فظهر الملك بالجارية عند القضاء بها في حقها، وفي حق الولد جميعًا، ولهذا قلنا: إن في القضاء بالملك المطلق [بالبينة][3] يرجع الباعة بعضهم على بعض، وطريقه ما قلنا: إن القضاء بالملك المطلق بالبينة يظهر الملك من الأصل [في حق الناس كافة، فأما القضاء بالملك بالإقرار

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

ليس بقضاء بالملك من الأصل][1]؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، ألا ترى أن الباعة لا يرجع بعضهم على بعض.

توضيحه: أن الإقرار ليس ثابتًا، بل هو اختيار، وثبوت الجزية فيه لصحته، والجزية ملك الأم، فيقضى بملك الأم فى أدنى زمان يتصور فيه الملك، فيقضى بملك الأم بعد الانفصال عنها؛ لأنه متيقن، ولا يقضى به حال الاتصال؛ لأنه مشكوك فيه، ثم فى فصل البينة هل يشترط قضاء على حدة بالولد، أو القضاء بالأم يكفى [اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم القضاء بالأم يكفى، وهكذا ذكر فى الأقضية و "المنتقى"][2].

وقال بعضهم: يشترط قضاء على حدة بالولد، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى موضع آخر، فإنه قال: إذا قضى بالأصل للمستحق، ولم يعلم بالزوائد، لم تدخل الزوائد تحت القضاء، [وكذلك إذا كانت الزوائد فى يدى رجل آخر، وذلك الرجل غائب، ثم يدخل الزوائد تحت القضاء][3]، وهذا لأن القضاء بالزوائد منفصلة حقيقة، فلا بد من القضاء بها [وعلى هذا إذا ادعى رجل نخيلا فيها، ثمار، وأقام البينة على النخيل، استحق النخيل، والثمار جميعًا][4].

١٢٨٠٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الكبير": رجل اشترى ثوبًا، فقطعه وخاطه قميصًا، ثم ادعى رجل أن الثوب له، وأقام البينة، قضى القاضى له بالقبض، ولا يرجع المشترى على البائع بشىء.

الأصل فى جنس هذه المسائل أن الاستحقاق متى وقع على ملك البائع، رجع المشترى على البائع بالثمن، ومتى وقع على حدوث الملك للمشترى، لايرجع المشترى على البائع بالثمن، وهذا لأنه متى وقع الاستحقاق على ملك البائع، لم يسلم المبيع للمشترى من جهة البائع، فلا يسلم الثمن للبائع، إذ البيع عقد معاوضة يقتضى السلامة بإزاء السلامة، ومتى وقع الاستحقاق على حدوث ملك المشترى، فالمبيع سلم للمشترى من جهة البائع، وإنما زال بسبب الحدوث من جهته، فلا يمنع سلامة الثمن للبائع، وإنما يعرف وقوع الاستحقاق على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين "ظ" و "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين "ظ" و "م".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

حدوث الملك للمشترى إذا حدث فى العين ما يمنع الاستحقاق من الأصل.

إذا عرفت هذا الأصل، فنقول فى هذه المسألة: الاستحقاق وقع على حدوث الملك للمشترى، لا على الملك من الأصل، إذ لو كان الثوب للمستحق من الأصل، لصار للذى خاطه، فإن من غصب ثوب إنسان، وخاطه قميصًا، ينقطع حق الملك، ويصير القميص للغاصب، فمن ضرورة استحقاق القميص أن يكون بملك حدث على ملك المشترى، وهذا لا يتبين أن المبيع لم يسلم للمشترى من جهة البائع، وكذلك لو اشترى حنطة يطحنها، ثم جاء رجل، وأقام البينة أن الدقيق له، يقضى القاضى بالدقيق للمستحق، ولا يرجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق وقع على حدوث للمشترى لما قلنا، فقد سوى بين الخياطة والطحن ههنا، وافترقا فى حق صحة الزيادة، وإنما كان ذلك كذلك باعتبار أن المانع من صحة الزيادة هلاك المبيع، وما يطحن يهلك المبيع، وهى الحنطة، أما بالخياطة لايهلك المبيع؛ لأن المبيع هو الثوب، وبعد الخياطة الثوب باقٍ، إما لمانع من الرجوع على البائع بالثمن حدوث معنى يمنع الاستحقاق من الأصل، والخياطة من الطحن يستويان فى حق هذا المعنى، وكذلك لو أن رجلا غصب من رجل ثوبًا، فقطعه وخاطه قميصًا، ثم جاء رجل، وأقام البينة أن القميص له، وأخذ القميص من الغاصب، لا يبطل الضمان الأول؛ لأن الملك لم يستحق من الأصل[1]، بل مقصور على يد صاحب اليد، لما قلنا فى المسألة الأولى، فبقى ملك المغصوب منه [فى الثوب غير مستحق، وقد امتنع رده على المغصوب منه][2] بسبب الخياطة، فيجب عليه قيمة الثوب، وكذلك الجواب فى الحنطة يطحنها.

١٢٨٠٨- ولو أن رجلا اشترى شاة، فذبحها، وسلخها، فأقام رجل البينة أن اللحم والجلد والأطراف والرأس له، وأخذ ذلك كله، كان للمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن؛ لأن الاستحقاق [باسم هذه الأشياء بمنزلة الاستحقاق باسم الشاة، وهناك يرجع المشترى على البائع؛ لأن الاستحقاق][3] ورد على الملك المطلق، ولم يوجد ههنا مايمنع القضاء من الأصل؛ لأن حق المالك لا ينقطع عن العين بهذه الأشياء، فوجب القضاء بالملك عن الأصل، فتبين أن الاستحقاق على ملك البائع، ولو كان هذا فى الغصب، يبطل حق المغصوب منه عن

---

(١) هكذا فى الأصل و "ظ" و "ف"، وكان فى النسخة "م": لأن الملك لم يستحق من الأصل بالاستحقاق مقصور على صاحب اليد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الضمان، لما ذكرنا أن بهذه الأشياء لاينقطع حق المالك عن العين، فورد الاستحقاق على ملك المغصوب منه، فيوجب بطلان حقه عن الضمان، ولكنه يرجع الثانى على الغاصب بالنقصان.

وكذلك لو اشترى ثوبًا، فقطعه ولم يخطه، ثم استحق رجل الثوب المقطوع بالبينة، فإن المشترى يرجع بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق ورد على الملك المطلق، ولم يوجد ههنا ما يمنع القضاء بالملك من الأصل؛ لأن مجرد القطع لايقطع ملك المستحق، ولو كان هذا فى الغصب، بأن غصب رجل ثوبًا، فقطعه، ولم يخطه، ثم استحقه رجل بالبينة، يبطل حق الأول عن الضمان، إذ الملك صار مستحقًا عن الأصل.

١٢٨٠٩- ولو أن رجلا غصب من رجل لحمًا، فشواه، فأقام رجل البينة أن هذا اللحم المشوى له، فقضى به له، يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمة لحمه؛ لأن الاستحقاق لم يثبت من الأصل، إذ لو جعل هذا الاستحقاق له من الأصل، لصار الغاصب مالكًا له بالشيء [فمن ضرورة هذه البينة أن يجعل الاستحقاق مقصورًا على الحال، ويجعل كأن المغصوب منه كان مالكًا بالشيء، ثم الغاصب يملك عليه بالشيء][(١)]، ثم المستحق يملك عليه بوجه من الوجوه، ثم أوجب فى اللحم ههنا القيمة، فهذا دليل على أن اللحم مضمون بالقيمة، لا بالمثل.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: هو مضمون بالمثل، وتأويل هذه المسألة على قوله: إذا لم يوجد مثله، ولو كان هذا فى الشراء، بأن اشترى لحمًا، فشواه، ثم أقام رجل البينة أنه قضى به له، لم يرجع على البائع بالثمن؛ [لأن الاستحقاق مقصور على المشترى لما قلنا، ولو أقام المستحق البينة فى هذا كله أن ذلك اللحم قبل أن يشويه المشترى، وذلك الثوب قبل أن يخيطه المشترى، وذلك الحنطة قبل أن يطحنها المشترى، كان له أن يرجع على البائع بالثمن][(٢)].

ولو كان هذا فى الغصب يبطل حق الأول عن الضمان؛ لأن الاستحقاق هنا ثبت من الأصل، وتبين أن المشترى أو الغاصب كان غاصبا لهذه الأشياء من المستحق، فكان ضامنًا للمستحق.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ظ".

١٢٨١٠ - ولو أن رجلا اشترى من رجل شاة، وذبحها، وسلخها، فأقام رجل البينة أن اللحم له، وأقام آخر بينة أن الجلد له، وأقام آخر بينة أن الرأس والأطراف له، وقضى القاضى بذلك، ودفع إلى كل واحد ما استحقه ببينته، لم يرجع المشترى على البائع بشىء؛ لأن هذا الاستحقاق مقصور على المشترى؛ لأن تملك هذه الأشياء على الافتراق لا يتصور إلا بعد الذبح [إذ لا يجوز أن يستحق كل واحد منهم جزءً من الشاة، وهى حية، وإنما يجوز ذلك بعد الذبح][1]، فكان الاستحقاق مقصوراً على المشترى، ألا ترى أن المدعى لو أقام البينة على شىء من هذه الجملة أنه له، وأقام الذى فى يده بينة على مثله أن صاحب اليد أولى؛ لأن ذا اليد أسبقهما تاريخًا؛ لأن صاحب اليد يثبت الملك لنفسه من الأصل، والخارج يثبت الملك لنفسه بعد الذبح، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى لهذه الجملة رجل واحد؛ لأن ذلك يصلح استحقاقًا من الأصل؛ لأن الواحد يجوز أن يستحق هذه الجملة من الشاة، والشاة حية، ألا ترى أن المدعى لو أقام البينة على ذلك، وذو اليد أقام البينة على مثله أن المدعى أولى.

١٢٨١١ - وكذلك على هذا لو أن رجلا اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا، ولم يخطه، فأقام رجل البينة أن الكمين له، وأقام آخر البينة أن التخريص له، وقضى القاضى لهما، لا يرجع المشترى على البائع بالثمن، وإنما لا يرجع لما قلنا.

١٢٨١٢ - وفى "مجموع النوازل": باع من آخر حماراً على أنه غاربى يريد به أن لايرجع عليه عند الاستحقاق، فإن للمشترى أن يرجع عليه عند الاستحقاق؛ لأن الرجوع حق ثابت شرعًا فى البيع الجائز والفاسد، وقيل: يجب أن يكون البيع بهذا الشرط فاسداً؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد العاقدين فيه منفعة، فيكون للمشترى أن يسترد الثمن، فيكون للبائع أن يسترد المبيع بحكم فساد العقد، اگر دلال دلالى كرد، ثم استحق المبيع من يد المشترى، فالمشترى على من يرجع بالثمن، والجواب: اگر دلال خود بيع كرده باشد، مشترى بر دلال رجوع كند.

١٢٨١٣ - وفى صلح "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجلان اشتريا من رجل عبدًا صفقة واحدة، فاستحق نصف العبد، فهما بالخيار، إن شاءَا أخذا نصف العبد، وإن شاءَا تركا، فإن أخذا، كان لكل واحد ربع العبد، وإن سبق أحدهما بالأخذ، أخذ ربع العبد، ثم لا يكون للآخر حق الرد على البائع.

١٢٨١٤ - وفى "المنتقى": رجل اشترى داراً، فقبضها، ثم خاصمه رجل فى حائط بين

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى لدينا.

دار المشترى وبين دار الذى خاصمه، ولم يكن فى الشراء للحائط ذكر، ولا شرط، فقامت البينة أن الحائط للجار، وقضى به القاضى، فأراد المشترى أن يرد الدار، قال: إن كان للمشترى على الحائط خشبة واحدة، أو أكثر، وليس للمستحق عليه خشبة أصلا، فله أن يرد الدار، وإن أراد أن يمسك الدار، ولا يرجع بحصة كل الحائط على البائع فعل، وإن كان للذى استحق الحائط عليه جذوع [أيضًا، فإن شاء رد الدار، وإن شاء رجع بحصته من الحائط كله، وإن لم يكن الواحد منهما عليه جذوع][(١)]، وكان متصلا ببناء المشترى، رد الدار إن شاء، وإن شاء أمسك الدار، ورجع بحصة الحائط كله، وإن كان متصلا بالبنائين جميعًا، بناء المشترى وبناء المدعى، رجع بحصة نصف الحائط، وإن شاء رد الدار، وإن لم يكن متصلا ببناء واحد منهما، ولم يكن لواحد منهما عليه جذوع، فإنه لا يرد الدار، ولا يرجع بشىء على البائع إلا أن يكون سمى له الحائط فى شراءه، فحينئذٍ يرجع بحصته، أو يرد الدار، وإن كان الحائط متصلا ببناء الجار، وليس بمتصل ببناء المشترى، ولا جذوع للمشترى، فإنه لا يرد الدار، ولا يرجع بشىء، وإن كان للمشترى عليه سترة، فلما استحق الحائط، أمر بهدمها والسترة قائمة قبل شراءه، كان له أن يرجع بنقصان هذه السترة، وإن شاء رد الدار، ولو كان للمشترى عليه هراوى، لا غير، فاستحق الحائط، لم يرجع بشىء، ولم يرد الدار، ولو كان الحائط متصلا ببناء المشترى اتصال تربيع، وللجار عليه جذوع، فالحائط للمشترى، وللجار موضع جذوعه، وليس للمشترى أن يرجع على البائع بحصته مواضع الجذوع فى حائطه، ولكن يقال للمشترى: هذا عيب، فإن شئت فردّ الدار، وإن شئت فخذها بجميع الثمن.

١٢٨١٥- ولو كان له مسيل ماء فى دار، أو طريق، فاستحق ذلك، رد الدار، وليس هذا على حقوقه الواجبة، هذا وإن شاء أمسكها، ورجع بنقصان ذلك، ولو كان للدار كنيف شارع إلى الطريق، أو ظلة شارعة، فخاصم فيها أهل الطريق، فأمره القاضى برفعها، فرفع، لم يرجع على البائع بشىء، ولم يرد الدار، وليس هذا على حقوقه الواجبة، هذا فى طريق المسلمين، وإن كان له باب فى الطريق الأعظم، وباب فى طريق غير نافذة، فأقام أهل ذلك الطريق بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق، فأمره القاضى بسده، وقضى عليه، فهو بالخيار، إن شاء رد الدار، وإن شاء رجع بنقصان ذلك الطريق.

١٢٨١٦- رجل مات، وترك ابنين ودارًا، فادعى أحد الابنين أن أباه كان باع هذا الدار من هذا الرجل بألف درهم، وأنكر ذلك الرجل والابن الآخر، فأقام الابن المدعى البينة على ما

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا.

ادعى، فإنى أقضى على الرجل بنصف الثمن، وأقضى له بنصف الدار حصة الذى ادعى البيع، ولا خيار له فى رده، وليس هذا كالاستحقاق لنصف الدار؛ لأنى إنما نقضت البيع ههنا فى النصف بجحود المشترى، ولو ادعى لأجزت البيع فيه.

١٢٨١٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": فى رجل ادعى حقا فى دار، وأنكر المدعى عليه ذلك، ثم إن المدعى عليه صالح المدعى على مائة يأخذها المدعى، صلح الصلح عندنا، هذه المسألة تبتنى على أصلين: أحدهما: أن الصلح عن الحقوق المجهولة إذا كان لا يحتاج فيها إلى التسليم جائز عندنا، والثانى: أن الصلح على الإنكار جائز عندنا، والمسألة معروفة.

ثم إذا صح الصلح لو استحقت الدار من يد المدعى على إلا ذراعًا منها، لم يرجع عليه بشىء، ولو كان المدعى ادعى كل الدار، وباقى المسألة على حالها، لا يرجع على المدعى بحصة ما استحق من المائة، والفرق أن فى المسألة الأولى الاستحقاق غير متناقض للصلح أصلا؛ لأن الصلح وقع عن حق مجهول، واسم الحق يتناول ما بقى فى يد المدعى عليه بعد الاستحقاق، فيمكن للمدعى أن يقول للمدعى عليه: عنيت بالدعوى السابق هذا القدر الذى بقى فى يدك، وإن لم يكن الاستحقاق مناقضًا للصلح أصلا، لا يكون له حق الرجوع على المدعى بشىء.

وأما فى المسألة الثانية الاستحقاق مناقض للصلح بقدره؛ لأن الصلح وقع عن كل الدار على مائة، فلا بد وأن ينتقض الصلح بقدر ما استحق، فيرجع على المدعى بحصة ذلك.

١٢٨١٨- قال فى "الجامع الصغير" أيضًا: فى عبد لرجل مقر له بالعبودية، باعه من رجل، وقد قال العبد للمشترى: اشترنى، فإنى عبد، فاشتراه، فإذا هو حر، لا سبيل للمشترى على العبد إذا كان البائع غائبا غيبة منقطعة، والمسألة معروفة، وإذا كان البائع لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد بالثمن، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لارجوع للمشترى على العبد بالثمن بحال.

وجه ذلك أن ضمان الثمن ووجوبه بالمعاقدة، أو بالكفالة عن العاقد، ولم يوجد شىء من ذلك من العبد إنما الموجود منه الإخبار بكونه عبدًا، وأنه لايوجب ضمان الثمن، ألا ترى أن أجنبيا لو قال للمشترى: اشتر هذا العبد، فإذا هو حر، لا يرجع المشترى عليه بالثمن، وطريقه ما قلنا.

١٢٨١٩- ألا ترى أن العبد إذا قال لرجل : ارتهنى ، فإنى عبد ، فارتهنه ، فإذا هو حر ، لايرجع المرتهن على العبد بدينه، كذا هنا .

وجه ظاهر الرواية أن العبد ضمن للمشترى سلامة نفسه ، أو سلامة الثمن من نفسه متى تعذر استيفاءه من البائع ، وقد تعذر الاستيفاء من البائع ، إذا غاب غيبة لايدرى أين هو؟ فيرجع المشترى بالثمن على العبد بحكم الضمان ، كالمولى إذا قال لأهل السوق : بايعوا عبدى هذا ، فإنى قد أذنت له فى التجارة ، فبايعوه ، ولحقه ديون ، ثم استحق العبد ، فإن أصحاب الديون يرجعون على المولى بالقيمة ، وجعل المولى ضامنًا لهم سلامة حقوقهم من نفسه عند تعذر الاستيفاء من مالية العبد ، بيانه : أن المشترى إنما رغب فى الشراء اعتمادا على أمر العبد إياه به ، وعلى إخباره أنه عبد ، فيجعل العبد ضامنًا سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه نفيًا للغرور ، وإذا صار العبد ضامنًا سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه ، كان للمشترى حق الرجوع على العبد بحكم الضمان ، ويمكن جعل العبد ضامنًا للسلامة ؛ لأن البيع معاوضة يستحق به السلامة ، فيمكن أن يجعل الآمر به ضامنًا للسلامة على ما موجبة نفيًا للغرور ، ولا كذلك الرهن ؛ لأنه شرع لملك الحبس من غير عوض ، فيصير بعاقبته استيفاء لغير حقه من غير عوض ، فلا يمكن أن يجعل الآمر به ضامنًا للسلامة ، أو نقول : الثمن يجب بالبيع ، فيجوز أن يكون الآمر به ضامنًا ، أما الدين لا يجب بعقد الرهن ، بل هو واجب قبل عقد الرهن ، فلايكون الآمر به ضامنًا للسلامة .

ثم قول محمد رحمه الله تعالى فى هذه المسألة : فإذا العبد حر يحمل على أنه أراد به حرية الأصل ، ويحتمل أنه أراد به العتق العارض ، فإن كان المراد منه حرية الأصل ، ثبت أن التناقض لا يمنع صحة الشهادة على حرية الأصل ؛ لأن العبد فى دعوى الحرية ههنا متناقض [والتناقض لعدم الدعوى ، ودعوى العبد عند أبى حنيفة مشترط][١] .

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، قال بعضهم : التناقض فى حرية الأصل إنما لاتمنع صحة الشهادة ؛ لأنه لو منع منع من حيث إنه انعدم الدعوى ، إلا أن دعوى العبد فى حرية الأصل ليس بشرط بالاتفاق ، والخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله تعالى فى العتق العارض [وبعضهم قالوا : دعوى العبد شرط عند أبى حنيفة فى حرية الأصل ، وفى العتق العارض][٢] إلا أن التناقض لا يمنع صحة الدعوى فى حرية الأصل ، فلا يمنع صحة

(١) هكذا فى النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الشهادة، وفى العتق العارض يمنع صحة الدعوى، فيمنع صحة الشهادة، وإن كان المراد مما ذكر فى الكتاب العتق العارض [ثبت أن التناقض فى العتق اللاحق][1] لا يمنع صحة الدعوى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأنه لا بد من دعوى العبد للقضاء بالحرية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، والعبد فى دعواه الحرية ههنا متناقض، والصحيح أن دعوى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى شرط فى حرية الأصل وفى العتق العارض، وأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وصحة الشهادة، لا فى حرية الأصل، ولا فى العتق العارض؛ لأن التناقض فى حرية الأصل إنما لا يمنع لخفاء حالة العلوق، فإن الولد قد يجلب من دار الحرب صغيراً، ولا يعلم بحرية أبيه وأمه، فيقر بالرق، ثم يعلم بحرية أبيه وأمه، فيدعى الحرية، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى، وكما يجرى الخفاء فى حرية الأصل، يجرى الخفاء فى العتق العارض؛ لأن المولى ينفرد بالإعتاق من غير علم العبد، فيجعل التناقض فيه عفواً.

أو نقول: التناقض إنما يؤثر فيما يحتمل النقض بعد ثبوته، وحرية الأصل لايحتمل النقض بعد ثبوته، وكذا العتق العارض لا يحتمل النقض بعد ثبوته، فلايكون التناقض فيه مانعًا صحة الدعوى [أو قبول البينة، ألا ترى أن التناقض فى دعوى النسب لا يمنع صحته][2] حتى إذا أكذب الملاعن نفسه، يثبت النسب منه، كذا ههنا -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل السابع عشر
فى مسائل الاستبراء

١٢٨٢٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": إذا اشرى جارية، وجب على المشترى أن يستبرئها بحيضة، والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس: «ألا لاتوطأ الحبالى حتى تضعن ولا الحبالى[1] حتى يستبرئن بحيضة»[2]، والحكمة فى ذلك تعرف براءة الرحم، وصيانة نفسه عن الخلط، والتحرز من أن يصير ساقيًا بماءه زرع غيره، لكن لايمكن بناء الحكم على حقيقة هذا المعنى لبطونه، فبنى الحكم على السبب الظاهر، وهو استحداث ملك الرقبة واليد؛ لأن الصيانة إنما تجب عليه فى تلك الحالة؛ لأن بملك الرقبة يقدر على الفعل شرعًا، وبملك اليد يقدر عليه حقيقة، فتعلق الحكم به لهذا، وتعدى الحكم من المنصوص عليه، وهى المسبية إلى المشتراه لهذه العلة، ويستوى على ظاهر الرواية أن يكون البائع ممن يطأها، أو لا يطأها؛ لأن هذا الحكم بناء على استحداث حل الوطء بملك الرقبة واليد، وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فى الجارية إذا كانت بكرًا أنه يجب[3] الاستبراء، وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنها إذا كانت بكرًا، وقد أحاط علم المشترى أنها لم توطأ، لم يجب الاستبراء.

١٢٨٢١- وفى "المنتقى": رجل وهب جارية لابنه الصغير، ومكثت فى ملكه أربعة أشهر، ثم قومها على نفسها، واشتراها، فلا استبراء عليه عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: عليه الاستبراء، وإن كانت ممن لاتحيض لصغر، أو كبر، يستبرئها بشهر، لقيام الشهر فى غير ذات الحيض مقام الحيض فى ذوات الحيض، كما فى العدة، وكما لا يجوز له أن يطأها، لا يقبلها، ولا يلمسها بشهوة، ولا ينظر إلى عورتها؛ لأن هذه الأشياء دواعى إلى الوطء، والدواعى إلى الشيء يعطى له حكم ذلك الشيء، ويشترط فى الاستبراء حيضة كاملة بعد استحداث ملك الرقبة واليد، حتى إن الحيضة قبل القبض لا

---

(١) والمراد منه: غير الحبالى.

(٢) أخرجه أحمد فى "مسنده" (١١٨٤١)، وذكره المبارك فورى فى "تحفة الأحوذى" (٥/ ٤٠)، وابن قدامة فى "المغنى" (١/ ٢١٨).

(٣) هكذا فى النسخ الباقية التى توجد لدينا، وكان فى الأصل: لا يجب.

يجزئ بها عن الحيضة إلا في رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى، لما ذكر أن هذا الحكم مبني على استحداث حل الوطء بملك الرقبة واليد جميعًا، لا على حقيقة تعرف براءة الرحم، ولو انقطع الحيضة لعلة، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله تعالى : لا يطأها حتى تمضي مدة لو كانت حاملا يظهر الحمل ثلاثة أشهر، وقال محمد رحمه الله تعالى يعتبر أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم رجع، وقال : شهران وخمسة أيام، وقال زفر : سنتان.

وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اشترى جارية تحيض في السنة مرة واحدة، قال عليه أن يستبرئها بحيضة، قيل له : قد كنت تقول قبل هذا بثلاثة أشهر، قال : والآن أقول بخلاف هذا، فسئل عمن اشترى جارية مستحاضة، لا يعلم حيضها، كيف يستبرئها؟ قال : يدعها من أول الشهر عشرة أيام.

ولو ملك جارية حاملا، لا يطأها حتى تضع حملها، وبعد ما وضعت حملها لا استبراء عليه بالحديث الذي روينا، ولأن وضع الحمل في حق حصول المقصد -وهو تعرف براءة الرحم- فوق الحيضة، وإن وضعت حملها قبل القبض، فعليه الاستبراء، كما لو حاضت قبل القبض.

١٢٨٢٢- وإذا اشترى جارية لها زوج، ولم يدخل بها، وطلقها قبل أن يقبضها المشتري، فعلى المشتري أن يستبرئها بحيضة، هكذا ذكر في "الأصل"، وفي كتاب الحيل : أنه لا استبراء على المشتري، فعلى رواية كتاب الحيل اعتبر وقت الشراء، ووقت الشراء هي مشغولة بحق الغير، وعلى رواية "الأصل" : اعتبر وقت القبض، وهو الصحيح؛ لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض وهي وقت القبض فارغة عن حق الغير، وإن كان الزوج طلقها بعد قبض المشتري، فلا استبراء على المشتري، وهذا هو الحيلة لإسقاط الاستبراء أن يزوجها البائع قبل البيع من رجل، أو يزوجها المشتري بعد الشراء قبل القبض، ثم يقبضها المشتري، ثم يطلقها الزوج، فلا يجب الاستبراء على المشتري؛ لأن وقت وجوب الاستبراء وقت القبض، ووقت القبض هي مشغولة بحق الزوج، فلا يجب عليه الاستبراء، وبعد ما طلقها زوجها، وصارت فارغة عن حقه، لم يوجد السبب، وهو استحداث حل الوطء باستحداث ملك الرقبة واليد.

قال الشيخ الأجل الإمام شمس الأئمة الحلواني : إنما لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة إذا كان البائع لا يطأها، أما إذا كان البائع يطأها، يجب الاستبراء تحرزًا عن سقي ماءه زرع غيره، وهكذا روى ابن سماعة في "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى،

والمذكور ثمه .

١٢٨٢٣- رجل اشترى جارية لها زوج، وقبضها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فلا استبراء على المشترى، إلا أن يكون البائع زوجها بعد وطءه إياها قبل أن تحيض، فإنى لا أحب لهذا المشترى فى هذه الصورة أن يطأها حتى تحيض، حتى لايجتمعان عليها فى طهر واحد، وإن لم تكن تحت المشترى حدة، فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى، وهو أن يتزوجها المشترى قبل الشراء، ثم يشتريها، ويقبضها، فلا يلزمه الاستبراء؛ لأن النكاح يثبت له عليها الفراش، فإنما اشتراها وهي امرأته، وقيام الفراش له عليها دليل شرعى على فراغ رحمها من ماء الغير .

وفى "المنتقى": رجل تزوج أمة، ثم اشتراها، قال: أستحسن أن يستبرئها، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وروى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة فى هذه الصورة أنه لا استبراء عليه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: عليه الاستبراء، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول: رأيت فى كتاب الاستبراء لبعض المشايخ: أنه إنما لا يجب الاستبراء على المشترى فى هذه الصورة أن لو تزوجها، ووطئها، ثم اشتراها[1]؛ لأنه حينئذٍ يملكها وهى مشغولة بعدته، فأما إن اشتراها قبل أن يطأها، فكما اشتراها يبطل النكاح، فحال ثبوت ملك اليمين لا نكاح، فيجب الاستبراء لتحقق الشبهة، وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين، وكان يقول: بحسنه ودقته، وإذا باع جارية، ولم يسلمها إلى المشترى حتى تارك[2] المشترى البيع، فلا استبراء على البائع استحسانًا، وإذا ردها بالعيب بعد القبض، أو تقايلا بعد القبض، فعلى المشترى أن يستبرئها بحيضة .

١٢٨٢٤- وإذا رجعت الآبقة، أو رُدت المغصوبة، أو فكت المرهونة، أو عجزت المكاتبة، أو انتقضت الإجارة، لم يكن على المولى أن يستبرئ [بلا خلاف، وإذا كان الخيار للمشترى، فردها بعد القبض، فليس على البائع أن يستبرئها][3] عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، خلافًا لهما، وإذا رد القاضى المبيع على البائع لفساد البيع، عليه أن يستبرئها، وإذا باع الغاصب الجارية المغصوبة من رجل، وقبضها المشترى، ثم استحقها المالك، إن لم يكن المشترى وطئها قبل الاستحقاق، فلا استبراء على المالك قياسًا واستحسانًا [وإن كان قد

(١) وفى "م": استبرأها.

(٢) وفى "ظ": ترك.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وطئها، إن علم بحالها أنها مغصوبة، فلا استبراء على المالك قياسًا واستحسانًا][(١)] أيضًا، وإن لم يعلم بحالها أنها مغصوبة، فالقياس أن لا يجب الاستبراء على المالك، وفي الاستحسان يجب، وإذا زوج الرجل أمة من إنسان، ثم مات الزوج عنها، فله أن يجامعها بعد مضى العدة، ولا استبراء عليه، وإن طلقها الزوج بعد الدخول، فله أن يجامعها بعد مضى العدة، ولا استبراء عليه، وإن طلقها الزوج قبل الدخول بها، فإن كان المولى لم يستبرئها بعد ما قبضها بحكم الشراء، ولم تحض عند الزوج، فعليه الاستبراء، ورن كانت قد حاضت عند الزوج، فلا استبراء على المولى، وإن كان المولى قد استبرئها بعد ما قبضها، ثم زوجها، وطلقها الزوج قبل الدخول بها، ولم تحض في يد الزوج، فلا استبراء على المولى، وهو الصحيح.

١٢٨٢٥- وإذا تزوج جارية، وكان الزوج يطأها، لم يكن على الزوج استبراء في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يستبرئها بحيضة استحسانًا، كيلا يؤدي إلى اجتماع ماء الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى أن عقد النكاح متى صح تضمّن العلم ببراءة الرحم شرعًا، وهو المقصود من الاستبراء.

١٢٨٢٦- وإذا أراد الرجل أن يبيع أمته، وقد كان يطأها، يستحب له أن يستبرئها، ثم يبيعها.

وإذا أراد الرجل أن يزوج أمته من إنسان، وقد كان يطأها، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: يستحب له أن يستبرئها بحيضة، ثم يزوجها كما لو أراد أن يبيعها، والصحيح أن ههنا يجب الاستبراء، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، بخلاف ما إذا أراد أن يبيعها، والفرق في فصل البيع يجب الاستبراء على المشتري، فيحصل المقصود به، فلا معنى للإيجاب على البائع، أما في فصل النكاح لا يجب الاستبراء على الزوج ليحصل به معنى الصيانة، فمسّت الحاجة إلى إيجابه على المولى.

وفي "المنتقى": الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه كره للرجل أن يبيع جارية كان يطأها حتى يستبرئها بحيضة، وإن كانت لا تحيض أبدا، أو كانت آئسة، فبشهر، وإن ارتفع حيضها بعد الوطء، فبأربعة أشهر، أو خمسة أشهر، وإن جامعها في الحيض، فلا يبيعها حتى تطهر من حيضة أخرى.

١٢٨٢٧- وإذا زنت أمة الرجل، فليس عليه استبراء في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عنه، وقال محمد رحمه الله تعالى: أحبّ إلى أن لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة، وروى عن محمد رحمه الله تعالى رواية أخرى أنه قال: يجب عليه الاستبراء، وإن من حبلت من الزنا، لا يقربها حتى تضع حملها.

١٢٨٢٨- وإذا كانت الجارية بين رجلين، اشترى أحدهما من صاحبه نصيبه، فعليه الاستبراء، وإذا وطئ الرجل أمته، ثم اشترى أختها، فله أن يطأها الأولى، وليس له أن يطأها الثانية إذا استبرأها، كيلا يصير جامعا ماءه فى رحم أختين، وإن لم يكن وطء الأولى، فله أن يطأ أيتهما شاء، وإن وطئهما، أو قبلهما، أو لمسهما بشهوة، أو نظر إلى فرجهما بشهوة، فقد أساء؛ لأنه ارتكب المحرم، وهو الجمع بينهما فى حق الوطء، والدواعى، ولا يطأ واحدة منهما بعد ذلك حتى يزول ملك الوطء عن الأخرى، هكذا ذكر فى "الأصل".

١٢٨٢٩- وفى "نوادر هشام": قال: سمعت محمداً رحمه الله تعالى يقول: فى رجل عنده أختان، وطيهما، ثم باع إحداهما: فإن لم يستبرئ الذى باعها بحيضة قبل أن يبيعها، فإنه لا يقرب هذه حتى تحيض تلك.

وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل عنده أمتان أختان، وطئ إحداهما، فلا ينبغى له أن يطأ الأخرى حتى تحيض الموطوءة حيضة، ويخرجها عن ملكه، وفى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا أخرجها عن ملكه، وطئ الأخرى.

وفى "القدورى": ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، فقال: إذا أخرج الذى وطئها عن ملكه، جاز له أن يطأ الأخرى؛ لأن المحرم هو الجمع فى الوطء، وقد زال ذلك بإبطال ملك المتعة.

الفصل الثامن عشر
فى بيع الأب والوصى والقاضى مال الصبى
وشراءهم له

١٢٨٣٠- الواحد لا يصلح عاقداً من الجانبين فى عقود المعاوضات، لما فيه من رجوع الحقوق المتضادة، والأحكام المتنافية إلى الواحد، فإن البيع يوجب ضد ما يوجبه الشراء من الأحكام، فالواحد إذا صار بائعًا ومشتريًا، ترجع إليه أحكام متضادة، ألا ترى أنه يصير مطالبًا مطالبًا مسلمًا، ومتسلّمًا، مستزيدًا، أو منتقصًا، وأنه ممتنع محال؛ ولأن المعاوضة توجب حقا لكل واحد من المتعاقدين على صاحبه، فالواحد إذا صار بائعًا ومشتريًا، وجب الحق له على نفسه، وأنه ممتنع، والقياس فى الأب كذلك، حتى لا يجوز بيع الأب ماله من ابنه الصغير، وشراءه مال ابنه الصغير لنفسه؛ لما قلنا: من الاستحالة، إلا أنهم استحسنوا، وجوزوا ذلك، وطريقه أن يجعل الأب رسولا عنه فى التصرف، وأمكن جعل الأب رسولا عنه فى التصرف لانتفاء التهمة عن تصرفه مع نفسه بسبب كمال الشفقة، وعبارة الرسول عبارة المرسل، فصار العقد قائمًا بعبارتين معنى كأن الأب باع من ابنه وهو بالغ، ثم تحمل العهد عنه بحكم الأبوة لعجزه عنها، فلا يؤدى إلى التضاد فى الأحكام؛ لأنه إنما يؤدى إلى التضاد فى الأحكام لو كان لحوق العهدة للأب بحكم العقد، ولهذا لو بلغ الصغير، كانت العهدة عليه، بخلاف الوكيل؛ لأنه لم يوجد فى حق الوكيل سبب لتحمل العهدة عليه سوى العقد، وكان لحوق العهدة بحكم العقد، فجاء التضاد، أما هنا فخلافه على أنا نقول: بأن هذا العقد لا يوجب التسليم والتسلم والمطالبة [ليصير الواحد مسلمًا ومستلما، مطالبًا ومطلبا؛ لأن الصغير فى يد الأب وماله فى يد الأب، فالبيع والشراء صادف محلا مسلمًا، فلا يجب التسليم والتسلم والمطالب][1]، فلايتحقق من التضاد فى الأحكام، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى أنه هل يشترط لتمام هذا العقد الإيجاب والقبول، والصحيح أنه لا يشترط حتى إن الأب لو قال: بعت هذا من ولدى فلان بكذا، وقال: اشتريت هذا من مال ولدى بكذا، فإنه يتم العقد، ولا يشترط أن يقول: بعت هذا من ولدى، واشتريت، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات"، وهذا لأنه لا معتبر بالقبول عند وجود الرضا، كما فى فصل التواطئ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

والرضاء يتم بقوله : بعت هذا العين من ولدى، فلا يعتبر القبول، ويجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة، وبما يتغابن الناس فيه.

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه لا يجوز إلا بمثل القيمة، فعلى هذه الرواية [لم][(١)] يتحمل الغبن اليسير من الأب [تصرفه مع نفسه، وفرق بين تصرفه مع نفسه وبين تصرفه مع الأجانب، وعلى ظاهر الرواية : ولا بين تصرفه مع نفسه وبين تصرفه مع الأجانب، فيحمل الغبن اليسير][(٢)] فى تصرفه فى الوجهين جميعًا، ووجهه أن الغبن اليسير إنما يتحمل فى تصرفه مع الأجانب؛ لأن التحرز عنه غير ممكن، هذا المعنى موجود فى تصرفه مع نفسه، والجواب : الجد عند انعدام الأب بمنزلة الأب، ولو كان له ابنان صغيران، فباع مال أحدهما من الآخر [بأن قال : بعت عبد ابنى فلان من ابنى فلان، جاز؛ لأنه لو باع مال أحدهما من نفسه يجوز، فكذا إذا باع من الآخر][(٣)] وإذا بلغا فالعهدة عليهما، وهو الصحيح؛ لأن لحوق العهدة الأب بطريق التحمل عنهما لعجزهما عن التحمل بأنفسهما، وبالبلوغ ارتفع العجز، وكانت العهدة عليهما.

وفى "الهارونى" : وفى الثمن الذى لزم الأب بشراء مال ولده الصغير لا يتبرأ الأب منه حتى ينصب القاضى وكيلا عن الصغير، فيقبضه عن الأب للصغير، ثم بعد قبضه يأمره القاضى برده على الأب حتى يكون فى يده عن ابنه وديعة.

١٢٨٣١ - وفى "الفتاوى" : الأب إذا باع مال الصغير من أجنبى بمثل القيمة، فالمسألة على ثلاثة أوجه : إن كان الأب محمودًا عند الناس، أو كان مستورًا الحال، يجوز، حتى لو كبر الابن لم يكن له أن ينقضه؛ لأن الأب له شفقة كاملة، وإن لم يعارض هذا المعنى معنى آخر، فكان هذا البيع نظرًا، فيجوز، وإن كان الأب فاسدًا عند الناس إن باع العقار، لا يجوز، حتى لو كبر الابن له أن ينقضه، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته" : هو المختار، إلا إذا كان خيرًا للصغير، بأن باع بضعف قيمته؛ لأنه عارض ذلك المعنى معنى آخر، ، فكان هذا البيع نظرًا، وإن باع ما سوى العقار من المنقولات، ففيه روايتان، فى رواية يجوز، ويؤخذ الثمن منه، ويوضع على يد عدل، وفى رواية لا يجوز، إلا إذا كان هيرًا للصغير، قال الصدر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه الكلمة من "م" و "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشهيد : وهو المختار .

وفى وصايا "المنتقى" عن إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : بيع الأب المفسد جائز ، فيؤخذ الثمن منه ، ويوضع على يدى عدل من غير فصل بين العقار والمنقول .

١٢٨٣٢- الوصى إذا باع مال اليتيم من نفسه ، أو باع مال نفسه من اليتيم ، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم ، يجوز ، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم ، لا يجوز ، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ، وأظهر الروايتين عن أبى يوسف : لا يجوز على كل حال ، وتكلموا فى تفسير المنفعة الظاهرة على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، بعضهم قالوا : أن يبيع من الصبى من مال نفسه ما يساوى ألف درهم [بثمانمائة ، ويبيع من مال الصبى م ن نفسه ما يساوى ثمانمائة درهم بألف درهم .

وقال بعضهم : أن يبيع من الصبى من مال نفسه ما يساوى ألفًا][1] بخمسمائة ، ويبيع من مال الصغير ما يساوى خمسمائة بألف ، وبعضهم قالوا : أن يبيع من مال الصبى من نفسه ما يساوى ألفًا بألف وخمسمائة ، والصحيح قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ؛ لأن الوصى مختار الأب بعد وفاته ، وهو حال عجزه عن المراقبة بنفسه ، فالظاهر هو الاستقصاء فى النظر ، واختيار من هو أشفق الناس على الصغير ، فينزل الوصى بمنزلة الأب ، إلا أن شفقة الوصى لاتكون نظير شفقة الأب ، فشرط فى تصرفه مع نفسه المنفعة الظاهرة ، ولم يشترط تصرف الأب مع نفسه المنفعة الظاهرة ، ثم إذا جاز بيع الوصى من نفسه على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه هل يكتفى بقوله بعت واشتريت ، كما فى الأب ، أو يحتاج إلى الشطرين[2] [لم يذكر محمد هذا الفصل فى شىء من الكتب .

وذكر الناطفى فى "واقعاته" : أنه يحتاج فى إلى الشطرين][3] ، بخلاف الأب ، وذكر للفرق ثمه وجها فقال : ولاية الأب ثبت شرعًا بلا قبول ، فكذا يجوز بيعه بلا قبول ، وولاية الوصى ما ثبت شرعًا بلا قبول ، فكذا لا يجوز بيعه بلا قبول .

قال الناطفى ثمه : رأيت هذه المسألة فيما علق على بن الحسن ، فكأنه أبو الحسن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) هكذا فى النسخ البواقى التى عندنا ، وكان فى الأصل : النظرين .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الكرخي.

١٢٨٣٣- وفى "واقعات الناطفى" أيضًا: الوصى إذ أمره إنسان أن يشترى شيئًا من مال الصغير، فاشتراه له، لا يجوز، بخلاف ما إذا اشتراه لنفسه على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، والفرق أنه إذا اشتراه لنفسه، فحقوق العقد من جانب اليتيم راجع إلى اليتيم، ومن جانب الوصى راجع إليه، فلا يؤدى إلى التضاد، وإذا اشترى لغيره، فحقوق العقد من جانب اليتيم راجع إلى الوصى، ومن جانب الآمر كذلك، فيؤدى إلى التضاد.

الصبى المأذون إذا باع مال نفسه من الوصى، فهو كبيع الوصى مال نفسه، وقد اعتبر فى تصرفه مع الوصى جهة النيابة عن الوصى كان الوصى تولاه بنفسه.

١٢٨٣٤- ولو باع الصبى المأذون من الأجنبى بغبن فاحش، يجوز عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، واعتبر أبو حنيفة فى تصرفه مع الأجنبى جهة المالكية والأصالة، لا جهة النيابة، فإن الوصى لو باع مال الصغير من أجنبى بغبن فاحش، لا يجوز، وهما اعتبرا جهة النيابة فى تصرفه مع الأجانب أيضًا، حتى قالا: لو باع الصبى ماله من أجنبى بغبن فاحش، لا يجوز، كما لا يجوز لو باع الوصى.

القاضى إذا باع مال اليتيم من نفسه، ذكر فى "السير": أنه لا يجوز، وأشار إلى المعنى، فقال: لأن بيعه منه نوع قضاء، وهو إنما استفاد القضاء من جهة غيره، وما تم ذلك إلا به وبغيره، فكذا العقد الذى يعقده القاضى لا يتم إلا به وبغيره، وذكر "الناطفى" [فى واقعاته القاضى إذا اشترى من الوصى مال اليتيم لنفسه جاز، وإن كان القاضى جعله وصيًا؛ لأن الوصى نائب عن الميت لا عن القاضى، وذكر "الناطفى"][1] فى "كتاب الأجناس" ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير": من عدم جواز بيع القاضى من نفسه، فذلك قوله خاصة، أما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: ينبغى أن يجوز.

١٢٨٣٥- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن القاضى إذا اشترى من مال اليتيم لنفسه شيئًا، فهو بمنزلة الوصى، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر، نظر فيه، فإن كان خيرًا لليتيم أجازه، وإلا لم يجزه، وكره للقاضى شراء الأب إذا اشترى لابنه الصغير شيئًا، ونقد الثمن من مال نفسه، وأشهد على نفسه، إنما نقد عنه ليرجع فى ماله، ذكر فى البيوع إملاءً، وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: أن له الرجوع عليه.

واختلفت الروايات فى اعتبار وقت الإشهاد، قال فى البيوع إملاء يعتبر الإشهاد وقت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

الشراء، وقال فى "نوادر ابن سماعة": يعتبر الإشهاد وقت نقد الثمن، وإن نقد عنه الثمن، ولم يشهد على الرجوع، فإنه لا يرجع على الابن، نصّ عليه فى البيوع إملاءً.

وفى "نوادر ابن رستم": عن محمد رحمه الله تعالى إذا لم يشهد الأب على الرجوع، لكنه نوى الرجوع، ونقد الثمن على هذه البينة، وسعه الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى، ولو كان مكان الأب وصيًا، فله حق الرجوع أشهد على ذلك، أو لم يشهد، وكذلك الجواب فى مهر امرأة الابن الصغير.

١٢٨٣٦- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى دارًا لابنه الصغير، فعلى الأب أن ينقد الثمن، وإن مات قبل أن ينقده، فهو من ماله خاصة، ولا يرجع به فى مال الابن، وقال: ولو كان ما يشترى الأب يرجع به عليه، لرجع [بثمن الكسوة والطعام عليه، وكذلك كل دين لزم الصبى فى حاجته، فضمنه الأب، وأداه، لم يرجع][1] على الابن استحسانًا، وهو متطوع فيه.

١٢٨٣٧- ولو اشترى لابنه دارًا، وأشهد عند عقد البيع أنه يرجع عليه بالثمن، كان له أن يرجع به عليه، وكذلك كل شىء يشتريه مما لا يجبر الأب عليه.

وكذلك كل دين كان على الابن، وضمنه الأب يريد به أنه إذا أشهد أنه يرجع عليه، فله أن يرجع عليه إذا أداه.

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن ما اشتراه الأب لابنه إن كان شيئًا يجبر الأب عليه، بأن كان طعامًا، أو كسوة، ولا مال للصغير، لا يرجع الأب عليه، وإن أشهد أنه يرجع عليه، كان له أن يرجع، وإن لم يشهد، لا يكون له أن يرجع، وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فيما إذا اشترى دارًا، أو ضيعة، أو مملوكًا لابنه الصغير إن كان للابن مال، فالرجوع على الابن على التفصيل الذى ذكرنا، وإن لم يكن له مال، لا يرجع عليه أشهد عليه، أو لم يشهد، فكان هذا صلة منه لابنه.

وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أن الأب إذا اشترى لابنه الصغير ثوبًا، ودفعه إلى الصغير فى صحته، ونقد الثمن فى مرض موته، لا يرجع على الابن بشىء؛ لأن الذى تبرع به الأب على الابن الثوب، وقد أمضاه فى حالة الصحة.

١٢٨٣٨- وفى "نوادر هشام": عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى:

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الأب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة بدرهم، جاز، وإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة لا يجوز.

وفى "الأصل": سوى بين البيع والشراء، ولم يجوزهما فى هذه الصورة وأشباهها؛ لأن تصرف الأب مقيد بشرط عدم الضرر، وقد تحقق الضرر هنا، وعلى هذه الرواية فرق بين البيع والشراء، فلم يجوز الشراء لمكان التهمة؛ لأن الأب يضيف الشراء إلى نفسه، فيتهم من حيث إنه اشترى لنفسه، فلما وجد فيه عيبًا أظهر الشراء للابن، ومثل هذه التهمة لا توجد فى جانب البيع، والداعى إلى النفاذ موجود، فينفذ.

١٢٨٣٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: فى رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف درهم، ثم قال فى مرضه: قد قبضت من فلان الثمن، ثم مات من مرضه، لم يجز إقراره، علل، فقال: لأنه كان ضمن لابنه ألف درهم فى مرضه، وأقر له بها فى ماله، ومعنى هذا الكلام أن الأب بإقراره بالاستيفاء من المشترى أقر للابن بمقدار الثمن فى ماله، وإقرار المريض لابنه لا يصح، فصار وجوده كعدمه، وكان للوصى أن يأخذ الثمن من المشترى، كما لو لم يوجد هذا الإقرار من المريض، ولو كان قال فى مرضه: قد قبضتها من فلان، فضاعت، كان مصدقًا.

ولو قال: قبضها، واستهلكها، لم يكن مصدقًا، ولا يبرأ المشترى منها؛ لأنه لما ادعى الضياع، فما أقر للابن شيئًا من ماله، بخلاف ما إذا ادعى الاستهلاك، ولايكون للمشترى إذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الأب، أو فى ماله؛ لأن ذلك الإقرار قد بطل، وإقراره قد بطل[1]، ولا يبنى عليه الحكم.

١٢٨٤٠- وفى "المنتقى": اشترى من ابنه الصغير عبدًا، والعبد فى يد الأب، فمات العبد، فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد[2] بعمل، أو يقبضه، فهو بمنزلة عبد اشتراه، وهو وديعة عنده، وهذا لأن العبد فى يد الأب أمانة وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء.

وفى الباب الثانى من بيوع "الجامع": إذا أرسل غلامه فى حاجته، ثم باعه من ابنه الصغير، جاز، ولا يصير الأب قابضًا له عن ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الولد، فذلك من مال الولد، بخلاف ما إذا وهبه منه، حيث يصير قابضًا له عن الابن بنفس الهبة، حتى لو هلك الغلام قبل أن يعود، فذلك من مال الولد، وإن لم يمت الغلام فى

(١) هكذا فى جميع النسخ التى توجد لدينا، والظاهر أنه تكرار، فتأمل.

(٢) هكذا فى النسختين: "م" و"ف"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": الولد مكان الوالد.

مسألة البيع، حتى يرجع إلى الوالد، وتمكن من قبضه صار قابضًا له عن ولده إن كان الولد لم يبلغ بعد، وإن لم يرجع الغلام حتى بلغ الولد، ثم رجع إلى الوالد، وتمكن الوالد من قبضه، لا يصير قابضًا له عن ولده، حتى لو هلك هلك على الوالد، والأصل أن الأب إذا اشترى لابنه الصغير شيئًا، فما دام الابن صغيرًا، فحق القبض للأب، وإذا بلغ الابن، فإن كان الأب قد اشترى من الأجنبى، فحق القبض للأب، وإن كان قد اشترى من نفسه، فحق القبض للابن.

١٢٨٤١- وفى "الهارونى": إذا باع الأب داره من ابنه فى عياله، والأب ساكن فيها، لا يصير الابن قابضًا حتى يفرّغها الأب، حتى لو انهدمت الدار، والأب فيها يكون من مال الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب، أو عياله، وهو غير ساكن فيها، فإن فرغها الأب، صار الابن قابضًا، فإن عاد الأب بعد ما تحول عنها، فسكنها، أو جعل فيها متاعًا له، أو سكنها عياله، وكان غنيًا، صار بمنزلة الغاصب.

١٢٨٤٢- وفيه أيضًا: لو باع الأب من ابنه الصغير جبة له، وهى على الأب، أو طيلسانًا هو لابسه، أو خاتمًا فى أصبعه، لا يصير الابن قابضًا حتى ينزع الأب ذلك، وكذلك الدابة والأب راكبها حتى ينزل عنها.

ولو قال الأب: أشهدوا أنى قد اشتريت جارية ابنى هذه بألف درهم، والابن صغير فى عياله، جاز الشراء، وصار الأب قابضًا للجارية إن كانت فى يده، والثمن دين عليه، لا يبرأ إلا بالطريق الذى قلنا.

١٢٨٤٣- قال فى "الزيادات": وصى اليتيمين إذا باع مال أحدهما من الآخر، لايجوز، أما على قول محمد رحمه الله تعالى، وأظهر الروايتين عن أبى يوسف: فلا، والوصيّ إنما يقوم بالعقد فى الطرفين باعتبار منفعة ظاهرة، وههنا لا يظهر النفع فى حق أحدهما إلا بظهور الضرر فى حق الآخر، وكذلك لو أذن الوصى لهما فى التصرف، فباع أحدهما ماله من الآخر لم يجز.

وكذلك لو أذن لعبدين يتيمين بالتصرف، فباع أحدهما ماله من الآخر، لم يجز؛ لأنهما استفادا الولاية من جهة الوصى، والوصى لو فعل ذلك بنفسه لايجوز، فكذلك إذا فعل من استفاد الولاية من جهته.

١٢٨٤٤- وفيه أيضًا: إذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له من ابنه، أو بشراء عبد الابن للأب، والابن صغير لا يعبر عن نفسه، ففعل الوكيل ذلك، لا يجوز، لما ذكرنا أن الواحد لا

يصلح عاقداً من الجانبين في عقود المعاوضات، وإنما ورد الشرع به في حق الأب بجعل الأب رسولا بحكم كمال الشفعة، وليس للوكيل مثل تلك الشفعة، فلا يصير رسولا، فيكون العقد قائماً بعبارة واحدة، فإن كان الأب حاضراً، فقبل من الوكيل، جاز، وتكون العهدة من جانب الابن على الأب، ومن جانب الأب على الوكيل، وقيل على العكس؛ لأن جعل الأب متصرفاً عن نفسه أولى؛ لأن الأصل في الإنسان أن يكون متصرفاً لنفسه، والأول أصح؛ لأن تصرف الأب عن نفسه مباح، وعن الصغير فرض، وإيقاع تصرفه عن الفرض أولى من إيقاعه عما هو مباح، ولو كان له ابنان، وكّل رجلا حتى باع مال أحدهما من الآخر، لا يجوز [وقال في الكتاب: ألا ترى أنهما لو كانا كبيرين، فوكلا رجلا، حتى باع أحدهما من الآخر لا يجوز](١)، وهذا جواب عن سؤال لم يذكر أن الوكيل قائم مقام الموكل، والأب لو باع مال أحدهما عن الآخر، لا يجوز، فأما إذا وكل رجلا بذلك، يجب أن يجوز، أشار بما ذكرنا من الاستشهاد إلى أنه يجوز أن يملك الإنسان مباشرة تصرف بنفسه، ولا يملك تفويضه إلى غيره.

ولو وكل الأب رجلا بالبيع، ووكل رجلا آخر بالشراء، فباع الوكيلان يجوز؛ لأن العقد قائم بالاثنين، وزالت الاستحالة.

١٢٨٤٥ - وذكر هشام: أن الأب إذا اشترى عبد ابنه الصغير لنفسه شراء فاسداً، فمات العبد قبل أن يستعمله الأب، أو يقبضه، أو يأمره بعمل مات من مال الصغير، لما عرف أن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه، بل يتوقف ذلك على القبض، وبالتخلية لا يجعل قابضاً، بل يشترط القبض الحسي الذي يصير به غاصباً مال الغير حتى يصير مضموناً بالقيمة، فيملكه بها، وقد ذكرنا قبل هذ أن بالتخلية في البيع الفاسد يقع القبض، ولو باع عبده من ابنه الصغير بيعاً فاسداً، ثم أعتقه الأب جاز عتقه؛ لأنه لا يخرج عن ملك الأب بمجرد البيع، فقد أعتق ملك نفسه، فينفذ عتقه.

وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى لا يجوز أمر والد المعتوه عليه حتى تمضي سنة منذ يوم صار معتوها، قال: ولا أحفظ فيه عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى شيئاً، قال ابن سماعة: كان محمد رحمه الله تعالى وقت في ذلك شهراً، ثم بعده رجع عن ذلك، ووقته بسنة، وكل جواب عرفته في المعتوه، فهو الجواب في المجنون؛ لأنهما يستويان في حق الأحكام.

١٢٨٤٦ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: وصي يتيم باع غلاماً لليتيم

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

قيمته ألف درهم [بألف درهم][1] على أن الوصى بالخيار ، فإن زادت قيمة العبد فى مدة الخيار ، فصارت ألفى درهم ، فليس للوصى أن ينفذ البيع ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى .

١٢٨٤٧- وفى "الأمالى" عن محمد رحمه الله تعالى : رجل مات وعليه دين ، وترك عبدًا لا مال له غيره ، وترك ابنًا صغيرًا ، أو كبيرًا ، لا وارث له غيره ، وقيمة العبد أكثر من الدين ، فباع القاضى العبد لغرماءه ، واشترط الخيار ثلاثًا ، فأجاز الابن البيع وهو كبير ، فإجازته باطلة ، إلا أن يقضى الدين ، وإن مات الابن فى وقت الخيار انتقض البيع ، ولو أن وصى يتيم باع عبد اليتيم ، واشترط الخيار ثلاثة أيام ، ثم مات اليتيم فى وقت الخيار ، جاز البيع ، وكذلك الوالد ، وعلل ، فقال : لأن العبد ههنا تبع للصغير ، وفى الوجه الأول تبع لغير مولاه ، أراد بالوجه الأول فصل بيع القاضى .

١٢٨٤٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات" : اشترى الأب لابنه الصغير من مال الصغير ذات رحم محرم من الصغير ، لا ينفذ على الصغير ؛ لأن تصرف الأب فى مال الصغير مقيد بقيد النظر ، والأحسن ، وليس من النظر للصغير أن يشترى له من يعتق عليه ، فلا ينفذ على الصغير ، ولكن ينفذ على الأب ، وكذلك لو اشترى لابنه الكبير المعتوه من مال المعتوه ذات رحم محرم من المعتوه ، لا ينفذ على المعتوه ، وينفذ على الأب ، فبعد ذلك إن كان المشترى قريبًا من الأب ، عتق على الأب بحكم قرابته ، وإن كان أجنبيا عنه ، كأم الصغير والمعتوه ، أو أخيهما ، أو أختهما ، لا يعتق عليه ، والوصى فيما ذكرنا نظير الأب ، لكونه قائمًا مقام الأب .

١٢٨٤٩- ولو اشترى الأب أو الوصى للمعتوه جارية ، وقد كان استولدها بحكم النكاح ، القياس أن لا يجوز على المعتوه ، وبالقياس أخذ محمد رحمه الله تعالى ، ووجهه أنه لو صح هذا الشراء على المعتوه ، يتضرر به المعتوه ، وفى الاستحسان : يجوز على المعتوه شراء واحدة من ذلك ؛ لأن فيه نظرًا للمعتوه ؛ لأنه يدخل فى ملكه من يطأها ، وتقوم بخدمته ، وشراء هذه أنفع له ؛ لأنها أشفق عليه ، وأهدى إلى خدمته ، والمحققون من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : وجه القياس أقوى ؛ لأن هذه الحاجة تندفع بالمنكوحة ، وبالجارية التى يمكن بيعها ، فلا حاجة إلى شراء هذه ، وفيه ضرر بالمعتوه على نحو ما بينا ، واستقبح محمد رحمه الله تعالى قول من أخذ بالاستحسان ، وقال : من أخذ بالاستحسان يجوز هذا التصرف فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الواحدة [لا في ما زاد عليها، وهذا أمر قبيح؛ لأن هذا التصرف إن كان داخلا في ولاية الأب، لم يتقيد بالواحدة][١]، وإن لم يكن داخلا لم يتقيد بالواحدة، ومشايخنا رحمهم الله تعالى أجابوا عن هذا، وقالوا: جواز هذا الشراء[٢]، ودخوله في ولاية الأب، والوصي باعتبار حاجة المعتوه، وبالواحدة تندفع حاجته، فلا يجوز شراء غيرها، وروى عن محمد رحمه الله تعالى في "الأمالي": أنه رجع إلى الاستحسان.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٢٨٥٠- المريض إذا باع ما يساوي ألف درهم بخمسمائة من الأجنبي، ولا مال له سواه، يصير محابيًا بقدر خمسمائة، فيتقيد المحاباة بقدر الثلث، ثم يقال للمشتري: إما أن تبلغ الثمن إلى تمام ثلثي الألف، ولا يرد شيئًا من المبيع، وإما أن يفسخ العقد، وهذا إذا لم يكن على الميت دين، فإن كان على الميت دين يحيط بماله، فإنه لا ينفك محاباته في حق الغرماء أصلا، لا فيما زاد على الثلث، ولا بقدر الثلث، ولا يتحمل منه لا الغبن الفاحش، ولا الغبن اليسير، غير أن في حق الغرماء لا يصح، وفي حق الوارث يعتبر من الثلث، وهذا لأن المريض مرض الموت يتصرف في محل تعلق به حق الغير، وهو الغريم والوارث، ولم يوجد منهم الأمر بالتصرف، إما أنه لا يتفرغ لذلك المشقة بنفسه، أو لأنه لا يقدر على ذلك، إلا أن الشرع رخص له في التصرف على وجه لا يؤدي إلى إبطال حق الغير، والرخص قد يتعلق جوازه بما يتعذر الاحتراز عنه، بخلاف المطلوب، فلا يحتمل منه إلا اليسير، ولا الفاحش.

١٢٨٥١- وإذا باع عينًا من أعيان ماله من وارثه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يصح أصلا من غير إجازة باقي الورثة سواء حابى، أو لم يحاب، باع بمثل القيمة، أو بأضعاف القيمة؛ لأنه وصيه، ولباقي الورثة حق النقض وعندهما يصح البيع بمثل القيمة، أو بأضعافها، والوارث إذا باع عينًا من أعيان ماله من المورث المريض بمثل القيمة، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

في مأذون الكبير لشيخ الإسلام في باب إقرار العبد لمولاه: فإن باع المأذون من وارثه شيئًا، وحابى ذكر شيخ الإسلام في شرح المأذون أن عندهما لا تصح المحاباة أصلا، أجازت الورثة، أو لم يجيزوا، ويقال للمشتري: إما أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة وإلا يفسخ.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في "م"، وكان في الأصل و النسختين: "ف" و"ظ": الشرط.

١٢٨٥٢- وفى "الزيادات": أن نفس البيع من الوارث لا يصح من غير إجازة الورثة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما يصح من غير إجازة الوارث، والمحاباة مع الوارث لاتصح إلا بإجازة باقى الورثة وهو الصحيح؛ لأن المحاباة وصية بلا خلاف، والوصية للوارث، لا تجوز إلا بإجازة بقية الورثة بلا خلاف [وفى المزارعة الكبيرة فى شرح شيخ الإسلام: أن المريض إذا اشترى شيئًا من وارثه بمعاينة الشهود، وأعطاه الثمن كان جائزًا إذا لم يكن فيه محاباة، كما لو باعه من أجنبى، قال: ما ثبت معاينة، فالوارث والأجنبى فى ذلك سواء][(١)] -والله أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

الفصل التاسع عشر
فى كراهة التفريق بين الرقيق

١٢٨٥٣- الأصل أن من ملك شخصين بينهما قرابة مؤكدة بالحرمة[١]، فلا ينبغى أن يفرق بينهما فى البيع إذا كان أحدهما صغيراً، به ورد الأثر، والمعنى دفع الضرر عن الصغير؛ لأن الصغير يستأنس بالكبير، والكبير يقوم بتعاهده، ففى التفريق بينهما إيحاش الصغير، وإضرار به، وكذلك إذا كانا صغيرين؛ لأن كل واحد منهما يستأنس بصاحبه، ويستوحش بمفارقته، وإن كانا كبيرين، فلا بأس بالتفريق بينهما؛ لأن كل واحد من الكبيرين يقوم بتعاهده، ولايلتفت إلى تعاهد الآخر، ولا يستأنس به، فليس فى التفريق بينهما إلحاق الضرر بأحدهما، وهذا الحكم فى القرابة المؤكدة بالمحرمية، حتى إذا اجتمع فى ملك رجل زوجان، لا بأس بأن يفرق بينهما، سواء كانا صغيرين، أو كبيرين، أو كان أحدهما صغيراً والآخر كبيرًا، وكذا إذا اجتمعا فى ملك رجل شخصان هما ذو رحم محرم، وليسا بذوى رحم، كابنى الخال، وابنى العم، فلا بأس بالتفريق بينهما، وكذا إذا كانا ذوى محرم بالرضاع، أو بالصهرية، وليسا بذوى رحم، لا بأس بالتفريق؛ لأن كراهة التفريق عرفت بالآثار، وإنها وردت فى القرابة المؤكدة بالمحرمية، وهذه القرابة تمتد إلى وقت البلوغ فى ظاهر مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى، وجد الرضاء بالتفريق، أو لم يوجد.

بيانه: فيما روى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه رجل له أمة وابنتها، وهى لم تبلغ، فأراد بيعها بموضع، ورضيت الأم بذلك والابنة، قال: أكره التفريق بينهما، وكذا إذا كان ثمه أبوان، ورضيا بذلك.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إذا راهق الصغير، ورضيا أن يفرق بينهما، فلا بأس بالتفريق بينهما.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى روايتان: فى رواية أنهم إذا رضى بذلك، فلا بأس بالتفريق بينهما، ولم يشترط على هذه أن يكون الصغير مراهقًا.

وفى "نوادر بشر": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا رضوا بذلك جميعًا، والابنة

---

(١) وفى النسخة "م": بالمحرمية.

مراهقة، فلا بأس به، وإذا اجتمع مع الصغير أبواه، فلا ينبغي أن يفرق بينه وبينهما، ولا بينه وبين أحدهما؛ لأن نفعهما مختلف، وشفقتهما متفاوتة.

١٢٨٥٤- وإذا اجتمع مع الصغير أمه وخالته، فلا بأس بأن يمسك الأم، ويبيع الخالة؛ لأن الأم أقرب، وشفقتها مغنية له عن غيرها، إلا أن تكون الخالة صغيرة، فحينئذٍ يكره بيع الخالة، لما فيه من التفريق بينهما وبين أختها، وكذلك إذا كان مع الصغير أخته وعمّته، أو جدته من نسل[1] أمه، فلا بأس بأن يمسك الأم ويبيع من سواها، وكذا إذا كان مع الصغير أمه وأخته وأخوه، فلا بأس بأن يبيع الأخ والأخت، والجدة من قبل الأم أو الأب نظير الأم، حتى إذا اجتمع مع الصغير جدته، أو عمته، أو خالته، أو أخوه، أو أخته، فلا بأس بأن يمسك الجدة، ويبيع من سواها، ذكر هذه المسائل على هذا الترتيب في "الزيادات": إذا كان مع الصغير أبوه، ويبيع من سواها إلا الأب، فإنه لا يبيع الأب، وإن كان مع الصغير أمه.

وفي "نوادر هشام": قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن الصغير إذا كان معه أمه، وعمته، هل يبيع العمة؟ قال: لا، وإذا كان مع الصغير أمه وأخوات لأب، لا يبيع واحداً منهم حتى تحبل، أو تحيض، أو تستكمل سبعة عشر سنة.

وفي "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: أفرق بين الصغير وجميع قرابته إذا كان معه أبوان، وإذا كان معه أحدهما، أفرق بينه وبين من كانت قرابته من قبل الحي دون من كانت قرابته من الميت، حتى إنه إذا كان مع الصغير أبوه وخاله، لم أبع الخال، وإن كان مع الأم عمه، لم أبع العم.

قال في "الزيادات": وإذا كان مع الصغير أخ لأب، وأخ لأم، لا يبيع واحداً منهما، وكذلك إذا كان مع الصغير أخت لأب وأخت لأم، لا يبيع واحدة منهما؛ لأن جنس القرابة المختلف وشفقتها متفاوتة، فلا ينقص حق الصغير مع أحدهما، فيتوهم الضرر، وإن كان معهم أخ لأب وأم في المسألة الأولى، والأخت لأب وأم في المسألة الثانية، لا بأس بأن يمسك الأخ لأب وأم في المسألة الأولى، والأخت لأب وأم في المسألة الثانية، ويبيع من سواه؛ لأن الأخ لأب وأم والأخت لأب وأم أقرب إلى الصغير، وشفقة الأقرب مغنية عن الأبعد.

١٢٨٥٥- والحاصل إذا اجتمع مع الصغير في ملك رجل قرابتان، فإن كانت أحدهما أقرب من الأخرى، لا بأس بأن يُمسك الأقرب، ويبيع الأبعد، وإن كانتا في القرب إلى

---

(١) هكذا في "ظ"، وكان في النسختين: "ف" و"م": قبل، وكان في الأصل: مثل، وهو تحريف.

الصغير على السواء، إن كانتا من الجانبين، نحو أن يكون أحدهما من قبل الأب، والآخر من قبل الأم، لايجوز له أن يفرق بين الصغيرين وبين واحد منهما، فإن الذى من قبل الأب قائم مقام الأب، والذى من قبل الأم قائم مقام الأم، فكما يكره التفريق بين الصغير وبين والديه، يكره التفريق بينه وبين من قام مقامهما، وإن كانتا من جانب واحد، فلا بأس بأن يبيع أحدهما، ويمسك الآخر [استحسانًا، حتى إنه إن كان مع الصغير أخوان كبيران، لا يبيع واحدًا منهما، ويمسك الآخر قياسًا، وفى الاستحسان: لا بأس بأن يبيع أحدهما ويمسك الآخر][١] مع الصغير؛ لأن جنس القرابة ونفعها متحد.

وذكر فى البيوع من "الأمالى": وكره التفريق بين الصغير وبين الإخوة المتفرقة والأخوات المتفرقة، كما هو القياس، لجواز أن يكون شفقة البعض أوفر، فينتفى توهم الضرر.

وذكر أيضًا: أنه إذا كان أبواه وأخ، يكره بيع الأخ، لجواز أن يكون الأخ أشفق، والصحيح ما ذكر فى "الزيادات"؛ لتعذر اعتبار التفاوت والتساوى فى الشفقة؛ لأن الشفقة أمر باطن، فيعتبر التفاوت والتساوى فى القرابة، لكونها سببًا داعيًا إلى الشفقة، حتى لا تعتبر القرابة البعيدة مع القرابة القريبة، وعند اختلاف الجهة اختلف السبب، فيتعذر الترجيح، فاعتبر كل سبب على حدة، وإذا اجتمع مع الصغير أبوان له، بأن كانت جارية بين رجلين، جاءت بولد، فادعياه، حتى ثبت النسب منهما، ثم أسرا، أو أسر[٢] الولد معهما، ففى القياس على الاستحسان [الذى ذكرنا فى الأخوين لا بأس أن يبيع واحد منهما، وفى الاستحسان][٣] لا يبيع واحدًا منهما، بخلاف الأخوين، والفرق أن الأب فى الحقيقة أحدهما، وهو مشتبه، فلو جوزنا بيع أحدهما، ربما بيع الأب، ويمسك الأجنبى مع الصغير، وفيه ضرر بالصغير، بخلاف الأخوين؛ لأن كل واحد منهما أخ على الحقيقة، فإذا باع أحدهما، كان الباقى مع الصغير أخًا على الحقيقة، وبه يصير حق الصغير مقضيًا، هذا هو الكلام فى حكم كراهة التفريق فى البيع.

وأما الكلام فى حكم جواز البيع وفساده، فنقول: إذا فرّق بين الصغير وبين والده، أو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى النسخة "ظ": ثم أسر وأسر.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والدته ومن سواهما من الأقارب فى البيع، فالبيع جائز فى ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن البيع باطل، فى الكل، وعنه رواية أخرى أنه فرق بين الوالدين والمولودين، فأبطله بين الوالدين والمولودين، وجوزه فيما عداهما من القرابات لقوة قرابة الولاد، وضعف القرابة المتجردة عن الولاد.

وجه رواية التسوية أن كراهة التفريق لدفع الضرر عن الصغير، وفى حق هذا المعنى قرابة الولاد، والقرابة المتجرة عن الولاد على السواء، والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية؛ لأن ركن التمليك صدر عن أهله مضافًا إلى محله، والنهى عن البيع إنما كان لمعنى مجاور ينفك البيع عنه، وهو إلحاق الوحشة بالصغير، ومثل هذا لا يؤثر فى فساد البيع، كالبيع وقت النداء وما أشبهه، وإذا كان التفريق بغير مستحق فى أحدهما لم يكره.

١٢٨٥٦- وكذلك يجوز أن يلحق أحدهما دين، فيباع فيه، أو يجنى أحدهم جناية، فيدفع بالجناية؛ لأن المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير، ولا يجوز دفع الضرر عن شخص على وجه يلحق الضرر بشخص آخر، وعن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى فصل الجناية أنه يستحب الفداء نظرًا للجانبين، وكذلك لو اشترى منهما، فقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، رد المعيب خاصة.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يردهما؛ لأنهما فى معنى كراهة التفريق كشىء واحد، وجه ظاهر الرواية أن المثبت بحق الرد العيب، وهو مقصود على المعيب حقيقةً وحكمًا، فلم يجز رد الآخر بعد تمام الصفقة، أكثر ما فيه أن فيه تفريقا بينهما، ولكن لحق مستحق فى أحدهما، فيجوز، كما لو جنى أحدهما، أو لحق أحدهما دين، ولا يكره عتق أحدهما، ولا كتابته؛ لأن كراهة البيع لأجل التفريق، ولا تفريق فى الإعتاق.

ولو باع أحدهم نسمة للعتق، كره عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، خلافًا لهما، والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن البيع نسمة ليس ببيع بشرط العتق؛ لأن البيع بشرط العتق فاسد، لكنه ميعاد بينهما، والوفاء بالوعد ليس بلازم، حتى لو باعه ممن قال: إن اشتريته فهو حر، لا يكره البيع بالاتفاق.

١٢٨٥٧- وفى "المنتقى": لو باع أحدهما ممن يعتقه، لم يجز فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، فإن قبضه المشترى، أو أعتقه، ضمن القيمة، ولو باع أحدهما من رجل، ثم باع الآخر من ذلك الرجل، قال أبو يوسف: البيع وقع فاسدًا، فإذا اجتمعا فى ملكه استحسنت أن أجيزهما.

١٢٨٥٨- وفي "نوادر ابن سماعة": قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: في رجل اشترى عبداً صغيراً وأمه عند البائع، فأعتقه المشتري، فالبيع جائز، وعليه الثمن، وكذلك لو مات عنده، قال: لأني إنما كنت أنقض البيع لتفريقه بينهما، فإذا ذهب التفريق جاز البيع، وكذلك لو ماتت الأم عند البائع، أو أعتقها مولاها، يجوز البيع، وكذلك لو باع المشتري الصغير من رجل، فأعتقه، فالقياس في العتق والموت أن يلزمه القيمة في الصغير، ولكن يستحسن أن يجعله بالثمن إذا ذهبت الفرقة.

الفصل العشرون
فى الإقالة

١٢٨٥٩- الأصل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أن الإقالة تجعل فسخًا فى حق المتعاقدين فى الصور كلها، فإن أمكن تصحيحها فسخًا، تصح فسخًا، وإن تعذر تصحيحها فسخًا، لا يصح أصلا .

١٢٨٦٠- بيان هذا الأصل من المسائل : إذا باع جارية بألف درهم، وتقايل العقد فيها بألف درهم، فعلى قوله صحت الإقالة، وإن تقايلا بألف وخمسمائة، صحت الإقالة بألف، ويلغو ذكر الخمسمائة؛ لأن فى الألف وخمسمائة ذكر الألف، فيمكن تصحيحها إقالة بالألف، وإلغاء مبلغ الزيادة، وإن تقايلا بخمسمائة، فإن كان العبد قائمًا فى يد المشترى على حاله، لم يدخله عيب، صحت الإقالة بألف، ويلغو ذكر الخمسمائة، فيجب على البائع رد الألف على المشترى، وإن دخله عيب، يصير إقالة بخمسمائة، ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب؛ لأنه لما حبس عند المشترى جزء من المبيع، جاز أن يحتبس عند البائع بعض الثمن .

بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : تأويل المسألة أن تكون حصة العيب خمسمائة، أو أقل أو أكثر، مقدار ما يتغابن الناس فيه، ولكن جواب الكتاب مطلق، ولو كانت الإقالة بجنس آخر، ذكر فى عامة الكتب أنها تصح الإقالة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه بالثمن الأول، ويلغو ذكر جنس آخر .

وذكر بعض المشايخ فى "شرح الجامع الصغير" : أن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه تبطل الإقالة فى هذه الصورة، وإن ازدادت الجارية، ثم تقايلا، فإن كان قبل القبض، صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصلة، أو منفصلة؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ، منفصلة كانت أو متصلة، وإن كانت الزيادة بعد القبض، إن كانت منفصلة، فالإقالة باطلة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأنه تعذر تصحيحها فسخًا بسبب الزيادة؛ لأن الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقًا للشرع، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ، وإن كانت الزيادة متصلة، فالإقالة صحيحة عنده؛ لأن الزيادة المتصلة عند أبى حنيفة لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق فى الزيادة ببطلان حقه فى الزيادة، وقد وجد الرضا ممن له الحق فى الزيادة لما تقايلا، فأمكن تصحيحها فسخًا، فيصح

فسخًا عنده.

١٢٨٦١- والأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين إذا لم يوجد منهما دليل البيع، فإن تقايلا بمثل الثمن الأول، وكان العقد قابلا للفسخ، ففى هذه الصورة تجعل الإقالة فسخًا فى حق المتعاقدين، أمكن اعتبارها بيعًا جديدًا، أو لم يمكن، بأن كانت الإقالة فى المنقول قبل القبض، وإذا وجد منهما دليل البيع، وأمكن جعلها بيعًا، يجعل بيعًا، سواء أمكن جعلها فسخًا، أو لم يمكن، وإذا لم يمكن أن يجعل بيعًا، وأمكن أن يجعل فسخًا، كما لو تقايلا فى المنقول قبل القبض، أو تقايلا فى بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما، فالإقالة فى هذه الصورة تجعل فسخًا؛ لأنه تعذر جعلها بيعًا، وإن لم يمكن أن يجعل بيعًا ولا فسخًا، يبطل، كما فى بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول.

١٢٨٦٢- بيان هذا الأصل من المسائل: إذا تقايلا قبل قبض الجارية، والجارية قائمةعلى حالها، لم تتغير إلى زيادة أو نقصان، أو تغيرت إلى زيادة أو نقصان [فالإقالة صحيحة عنده فسخًا إذا تقايلا بالثمن الأول، أو بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان][1]؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، وأمكن اعتبارها فسخًا؛ لأن النقصان لا يمنع الفسخ على كل حال، وكذلك الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ، فيجعل فسخًا، وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول، بطلت الإقالة؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض، لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسخًا؛ لأن الفسخ ما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر، وإن تقايلا قبل القبض، فإن كانت الجارية قائمة على حالها، لم تتغير إلى زيادة ولانقصان، أو تغيرت إلى زيادة، أو نقصان، فالإقالة صحيحة عنده فسخًا، أو تقايلا بالثمن الأول، أو بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، وأمكن اعتبارها فسخًا؛ لأن النقصان لا يمنع الفسخ على كل حال، وكذلك الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ، فيجعل فسخًا، وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض، لا يجوز اعتبارها فسخًا؛ لأن الفسخ ما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر، وإن تقايلا بعد القبض، فإن كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير، وقد تقايلا بالثمن الأول، فالإقالة عنده صحيحة فسخًا؛ لأنه لم يوجد دليل البيع، والعقد قابل للفسخ، فيجعل الإقالة فسخًا، وكذلك إذا سكتا عن الثمن الأول؛ لأن الثمن الأول يصير مذكورًا مقتضى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

للإقالة، فإن الإقالة ما تكون بالثمن الأول، وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، فعلى قول أبي يوسف: تجعل الإقالة بيعًا؛ لأنه وجد دليل البيع وهو الزيادة فى الثمن أو النقصان عنه، وأمكن جعلها بيعًا، فجعلناها بيعًا، حتى لا يلغو الزيادة والنقصان، وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول، يجعل بيعًا عنده؛ لأنه وجد دليل البيع، وأمكن اعتباره بيعًا؛ لأن بيع المنقول بعد القبض جائز، فجعلناها بيعًا، وإن تغيرت الجارية إلى نقصان بأن تعيبت فى يد المشترى بفعل المشترى، أو بآفة سماوية، فإن تقايلا بمثل الثمن الأول، أو سكتا عن[1] ذلك، تجعل الإقالة فسخًا عنده، غير أن البائع إذا لم يعلم بالعيب وقت الإقالة كان له الخيار إن شاء أمضى الإقالة، وإن شاء رد، وإن علم بالعيب، فلا خيار له، وهذا لأن البائع فى إقالة بيع العرض [بالدراهم، نزل بمنزلة المشتراة عند الشراء، وإن تغيرت الجارية إلى زيادة، فإن كانت الزيادة][2] منفصلة كالولد والأرش والعقر تجعل الإقالة بيعًا؛ لأنه تعذر اعتبارها فسخًا لمكان الزيادة، وأمكن اعتبارها بيعًا، فجعلناها بيعًا، وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب فى هذا، والجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير سواء؛ لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ عند وجود الرضاء ممن له الحق فى الزيادة، وقد وجد الرضاء ههنا لما تقايلا.

والأصل عند محمد رحمه الله تعالى أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين إذا لم يوجد منهما دليل البيع بأن تقايلا بجنس الثمن الأول، وكان البيع قابلا للفسخ، وإن وجد منهما دليل البيع، ولم يمكن أن يجعل فسخًا، وأمكن جعلها بيعًا، يجعل بيعًا رواية واحدة، كما قال أبو يوسف كما لو تقايلا بعد القبض بالثمن الأول، لكن بعد الزيادة المنفصلة، أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول، وإن وجد منهما دليل البيع، وأمكن جعلها بيعًا وفسخًا، كما لو تقايلا بعد القبض، والجارية قائمة على حالها بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، فعن محمد رحمه الله تعالى روايتان: فى رواية كتاب المأذون يجعلها بيعًا، وفى رواية كتاب الشفعة: يجعلها فسخًا، وإن لم يمكن جعلها بيعًا، ولا فسخًا، تبطل الإقالة بأن هذا الأصل من المسائل إذا تقايلا قبل قبض الجارية، تصح الإقالة، فيكون فسخًا عند محمد إذا حصلت الإقالة بالثمن الأول، أو على جنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، وإن حصلت الإقالة على خلاف جنس الثمن الأول، تبطل الإقالة عنده، على نحو ما قلنا لأبى

(١) وفى "م": أو سكتا عن ذكر الثمن الأول تجعل الإقالة فسخًا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يوسف، وإن تقايلا بعد قبض الجارية، فإن كانت الجارية قائمة على حالها، لم تتغير، وقد تقايلا بالثمن الأول، أو قد سكتا عن الثمن الأول، تجوز الإقالة عنده فسخًا على نحو ما قلنا لأبي يوسف، وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، فعن محمد في هذه الصورة روايتان، في رواية كتاب المأذون، تصح الإقالة بيعًا، وفي رواية كتاب الشفعة تصح فسخًا؛ لأنه وجد دليل البيع، وأمكن جعلها بيعًا وفسخًا، وفي مثل هذه الصورة عن محمد رحمه الله تعالى: روايتان، وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول، صحت الإقالة عنده بيعًا رواية واحدة؛ لأنه وجد دليل البيع، وتعذر جعلها فسخًا؛ لأن ما يكون بمثل الثمن الأول، وأمكن جعلها بيعًا، وفي مثل هذه الصورة تصح الإقالة بيعًا عنده رواية واحدة، وإن كانت الجارية قد تغيرت عن حالها إلى زيادة أو نقصان إن كان التغير إلى نقصان، بأن تعيبت في يد المشتري بفعل أجنبي، أو بآفة سماوية، فالجواب فيه عند محمد نظير الجواب عند أبي يوسف، وإن تغيرت الجارية إلى زيادة، فإن كانت الزيادة منفصلة، تصح الإقالة عنده بيعًا في الفصول كلها؛ لأنه تعذر اعتبارها فسخًا لمكان الزيادة، وأمكن اعتبارها بيعًا، فجعلناها بيعًا، وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير؛ لأن الزيادة المتصلة لا تمنع صحة الفسخ عنده، سواء وجد الرضاء ممن له الحق في الزيادة، أو لم يوجد، وإذا كان الفسخ لا يتعذر بسبب الزيادة المتصلة، صار وجودها. والعدم بمنزلة، وذكر محمد في كتاب المأذون، فقال العبد المأذون له في التجارة: إذا باع جارية بألف درهم، ثم إن العبد أقاله البيع في الجارية، وجعلها على وجهين: إما إن كانت الإقالة قبل قبض المشتري الجارية، أو بعد قبضه إياها، وجعل كل وجه على وجهين: إما إن كان الثمن موهوبًا، أو غير موهوب، فإن كانت الإقالة قبل قبض الجارية والثمن غير موهوب، يصح الإقالة فسخًا عندهم إلا في فصل، وهو ما إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك تبطل الإقالة عندهم جميعًا، أما في سائر الفصول؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا جديدًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وأمكن جعلها فسخًا إذا كان الثمن غير موهوب للمأذون؛ لأنه لا يكون فسخًا بغير ثمن، فيجعل فسخًا، وأما إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول فلأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا، تعذر اعتبارها فسخًا؛ لأن الفسخ ما يكون بمثل الثمن الأول، فبطلت ضرورة، وإن كان الثمن موهوبًا للمأذون في التجارة، فالإقالة باطلة عندهم جميعًا في الفصول كلها؛ لأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا بحصولها قبل القبض في المنقول، تعذر اعتبارها فسخًا لما كان الثمن موهوبًا؛ لأنه يكون فسخًا بغير ثمن، والمأذون لا يملك ذلك؛ لأنه يكون

تبرعًا، وإن تقايلا قبل قبض الجارية بعد ما تغيرت الجارية إلى زيادة أو نقصان، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة بحالها؛ لأن الزيادة قبل القبض، والنقصان قبل القبض لا يمنع الفسخ على كل حال، فصار وجود ذلك والعدم بمنزلة، فتصح الإقالة فسخًا إذا كان الثمن غير موهوب، إلا إذا حصلت الإقالة على خلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك لا تصح الإقالة أصلا، وإن كان الثمن موهوبًا للمأذون، لا تصح الإقالة في الفصول كلها عندهم جميعًا، وأما إذا تقايلا بعد قبض الجارية، فإن تقايلا، والثمن غير موهوب، فإن كانت الجارية قائمة على حالها إن تقايلا بالثمن الأول، أو سكتا عن ذكر الثمن الأول، تصح الإقالة فسخًا عنده[1]؛ لأنه لم يوجد دليل البيع، وأمكن اعتبارها فسخًا [وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن إلى زيادة أو نقصان، تصح الإقالة فسخًا][2] عند أبي حنيفة، ويلغو ذكر الزيادة والنقصان [وعلى قول أبي يوسف يجعل بيعًا؛ لأنه وجد دليل البيع، وهو ذكر الزيادة والنقصان][3]، وأمكن اعتبارها بيعًا وفسخًا، فجعلناها بيعًا، حتى لا تبطل الزيادة والنقصان، وعن محمد في هذه الصورة روايتان، وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول.

١٢٨٦٣- فعلى قول أبي حنيفة: تبطل الإقالة لتعذر اعتبارها فسخًا، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تصح الإقالة بيعًا جديدًا؛ لأنه أمكن اعتبارها بيعًا جديدًا، هذا إذا تقايلا والجارية قائمة على حالها، فإن كانت الجارية قد تغيرت، إن تغيرت إلى زيادة، وكانت الزيادة منفصلة، فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة على كل حال؛ لأنه تعتبر الإقالة فسخًا، وتعذر اعتبارها فسخًا لمكان الزيادة المنفصلة، وعندهما تصح الإقالة بيعًا جديدًا في الفصول كلها؛ لأنه أمكن اعتبارها بيعًا، وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير، وإن تغيرت إلى نقصان، بأن تعيبت في يد المشتري بفعل المشتري، أو بآفة سماوية؛ ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها [لم تتغير هذا إذا تقايلا بعد القبض، والثمن غير موهوب، فأما إذا تقايلا بعد القبض، والثمن موهوب للمأذون، فإن كان الجارية قائمة على حالها][4]، وقد تقايلا بالثمن الأول، بطلت

---

(١) وفي النسخة "م": عندهم.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الإقالة عند أبي حنيفة؛ لأنه قد تعذر اعتبارها فسخًا إذا كان الثمن موهوبًا، وعندهما يجعل بيعًا؛ لأنه إن تعذر اعتبارها فسخًا أمكن اعتبارها بيعًا؛ لأن البيع بعد هبة الثمن صحيح، وإن سكتا عن ذكر الثمن الأول، فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإقالة باطلة، وعند أبي يوسف تصح بيعًا، واضطربت روايات المأذون في هذا الفصل عند محمد، في بعض الروايت اعتبرها بيعًا، كما مرّ فيما تقدم، وفي بعض الروايات الإقالة باطلة، كما هو قول أبي حنيفة، ووجه هذه الرواية أن الإقالة عند محمد إنما تجعل بيعًا عند تعذر اعتبارها فسخًا إذا أمكن جعلها بيعًا، ولم يمكن جعلها بيعًا ههنا؛ لأنهما لم يسميا ثمنًا، ولم يصر الثمن الأول مذكورًا مقتضى الإقالة [لأن الثمن الأول إنما يصير مذكورًا مقتضى الإقالة](١)، إذا بقي للعقد ثمن ولم يبقَ ههنا ثمن، فلم يصر الثمن الأول مذكورًا [والبيع لا تصح من غير تسمية الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن غير موهوب؛ لأن هناك صار الثمن الأول مذكورًا](٢) مقتضى الإقالة، فيمكن أن يجعل بيعًا، وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، فعلى قول أبي حنيفة: الإقالة باطلة، وعلى قولهما: تصح بيعًا، وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول، فعلى قول أبي حنيفة: الإقالة باطلة، وعلى قولهما: يجعل بيعًا، فأما إذا تقايلا، وقد تغيرت عن حالها، والثمن موهوب، فإن تغيرت إلى زيادة، وكانت الزيادة منفصلة، نحو الأرش والولد، والعقر، فعند أبي حنيفة: الإقالة باطلة، وعندهما الإقالة صحيحة بيعًا رواية واحدة إلا في فصل واحد، وهو ما إذا سكتا عن ذكر الثمن، فإن في هذا الفصل عن محمد روايتان، في رواية تصح الإقالة بيعًا، وفي رواية تبطل الإقالة، وإن كانت الزيادة متصلة، فهذا وما لو كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير سواء، وإن تغيرت إلى نقصان، بأن تعيبت بفعل المشتري، أو بآفة سماوية، فهذا وما لو كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير، سواء عندهم جميعًا، هذه الجملة من جملة مأذون شيخ الإسلام خواهر زاده.

١٢٨٦٤- وفي "القدوري": قال أبو حنيفة: الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، عقد جديد في حق الثالث، وقال أبو يوسف: الإقالة بيع إلا إذا تعذر، فيجعل فسخًا، وقال محمد: هو فسخ إلا إذا تعذر فيجعل بيعًا، وقال زفر: هو فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما.

١٢٨٦٥- وفي "المنتقى": قال محمد: إن الإقالة بعد القبض وقبل القبض مناقضة، وليست ببيع، وكذلك قال أبو حنيفة، ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا فيما إذا حصل الفسخ بلفظ

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الإقالة، أما إذا حصل بلفظ المفاسخة، أو المتاركة، أو الرد، فإنها لاتجعل بيعًا، وإن أمكن جعلها بيعًا، وإذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة، فهو بيع جديد فى حق الثالث بلا خلاف، حتى إن الشفيع إذا سلم الشفعة فى بيع، ثم إن البائع مع المشترى تقايلا البيع، يتجدد للشفيع حق الشفعة، واعتبرت الإقالة بيعًا جديدًا فى حقه، ونظائر هذا كثيرة، ثم إنما تعتبر الإقالة فسخًا فى حق المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، فأما ما لم يكن من موجبات البيع، وإنما يثبت بأمر زائد، أو شرط زائد، فالإقالة تعتبر بيعًا جديدًا فى حقه على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٢٨٦٦- قال محمد فى "الجامع": وإذا اشترى الرجل من رجل عبدًا بكرّ من طعام وسط إلى أجل أو حال، وتقابضا، وقد كان أعطاه المشترى حنطة أجود من المشروط، أو ردىء، أو مثل المشروط، ثم تقايلا، لا يلزمه رد المقبوض بعينه، وإن كان قائمًا؛ لأن الطعام فى هذه المسألة ثمن، ولهذا جاز الاستبدال، والأثمان لاتتعين عند الفسخ، كما لا تتعين عند البيع، وكذلك الجواب فيما إذا كان الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وإذا لم يجب رد الطعام بعينه فى هاتين الصورتين، يرد مثل الذى كان مشروطًا، أو يرد مثل المقبوض، لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب نصًا، عامة المشايخ على أنه يرد مثل المشروط [سواء كان المقبوض أجود أو أردأ، وقال الفقيه أبو جعفر: إذا كان المقبوض أردأ، يجب رد مثل المقبوض، لا رد مثل المشروط، قال: وإلى هذا أشار محمد فى "الأصل"، ووجهه أنه لو وجب عليه رد مثل المشروط][(١)] فى هذه الصورة، ألزمه تفاوت ما بين المقبوض والمشروط [وهو تفاوت ما بين الوسط والردىء بسبب تبرعه؛ لأن حقه كان فى المشروط][(٢)]، فهو إذا تجوز بالردىء، فقد تبرع بمقدار ذلك، فلو لزمه رد مثل المشروط، لزمه ذلك التفاوت بسبب تبرعه، وأنه لا يجوز، ثم على قول عامة المشايخ فرق بين الإقالة بعد القبض والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وبين الرد بالعيب قبل القبض أو بعد القبض بقضاء، فقال: إذا كان الرد بالعيب قبل القبض كيف ما كان، أو كان الرد بعد القبض بقضاء يلزمه رد مثل المقبوض، لا رد مثل المشروط، والفرق أن الرد بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، وبعد القبض بقضاء فسخ من كل وجه فى حق الكل، وليس ببيع جديد، ولهذا لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وإذا انفسخ البيع من كل وجه، فيما يستقبل من الأحكام، صار وجود البيع، وعدمه بمنزلة، ولو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عدم البيع، ووجب على القابض رد المقبوض بعد ما ملكه بسبب صحيح، لزمه رد مثل المقبوض، كما في العوض، كذا ههنا، أما الإقالة والرد بالعيب بعد القبض إذا كان بتراضيهما بمنزلة بيع جديد، ولهذا لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، فإذا كان بمنزلة بيع جديد، صار كأن المشترى باع العبد من البائع ثانيًا بمثل الثمن المشروط في البيع؛ لأن الإقالة بناء على العقد، فإنما يصح بما كان مشروطًا في أصل البيع، فكأن المشترى [باع العبد من البائع بمثل الثمن الأول الذى كان مشروطًا في البيع، ولو كان كذلك كان على البائع أن يعطى المشترى][1] مثل الثمن المشروط في البيع، ولا يلزمه رد مثل المقبوض، كذا ههنا.

فإن قيل: الإقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء إنما اعتبر بيعًا جديدًا في حق الثالث، أما في حق المتعاقدين اعتبر فسخًا، حتى إن البائع بعد الإقالة لو باع العبد من المشترى ثانيًا قبل القبض، يجوز، كما لو كان الرد بقضاء، أو قبل القبض بغير قضاء، ولو باعه من غيره لم يجز؛ لأنه في حق الثالث بيع جديد، فصار بائعًا المبيع قبل القبض، إذا ثبت هذا فنقول: وجوب رد مثل المقبوض أو رد مثل المشروط في البيع من حق المتعاقدين، فتعتبر الإقالة في هذا فسخًا، فإذا اعتبر فسخًا يجب أن يتعلق الفسخ بمثل المقبوض، لا بمثل ما كان مشروطًا في البيع، والجواب أن الإقالة فسخ فيما بين المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، وهو ما ثبت بنفس البيع من غير شرط، فصيرورة العين تبعا من موجبات البيع، فإنه يثبت من غير شرط، فتعتبر الإقالة فسخًا في حق العبد فيما بينهما، فيكون العبد عائدا إلى البائع بحكم الفسخ، لا ببيع جديد، وكان له أن يبيع العبد من المشترى قبل القبض، كما لو كان الرد بقضاء، فأما ما لم يكن من موجبات البيع، فإنما يثبت بأمر زائد، أو بشرط زائد، فالإقالة تعتبر بيعًا جديدًا في حقه، وإن كان ذلك في حق المتعاقدين الدليل على صحة هذا مسألتان، ذكرهما محمد في "الزيادات".

١٢٨٦٧- إحداهما: إذا كان لرجل على غيره ألف درهم مؤجل، باعه المطلوب بذلك عبدًا، قبل حلول الأجل، أو صالحه من ذلك على عوض، قال: يبرأ المطلوب من العين، كما لو عجل الدين، فلو أن مشترى العبد وجد بالعبد عيبًا بعد القبض، فرده بغير قضاء، قال: يعود الدين على الطالب حالا لا مؤجلا، كأن الطالب باع العبد من المطلوب ثانيًا بألف درهم، واعتبرت الإقالة والرد بالعيب بغير قضاء في حق الأجل بيعًا جديدًا، وإن كان في حقهما [لا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

هذا من][1] المعنى أن الأجل ليس من موجبات البيع، فإنه لا يثبت بنفس العقد[2]، وإنما يجب بشرط زائد، وبمثله لو كان الرد بالعيب فى هذه المسألة قبل القبض بغير قضاء، أو بعد القبض بقضاء، فالدين يعود مؤجلا؛ لأن الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء، وبعد القبض فسخ من كل وجه، فإذا انفسخ البيع الأول من كل وجه، صار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم البيع كان الدين على المطلوب مؤجّلا.

المسألة الثانية: إذا اشترى عبدًا، فوجد به عيبًا بعد القبض، فرده بغير قضاء، ثم جاء رجل، وادعى أن العبد له، فأقام على ذلك شاهدين، وأحد الشاهدين [من][3] مشترى العبد، قال: لا تقبل شهادته، فاعتبر هذا بيعًا جديدًا فى حق الشهادة؛ لأنه ليس من موجبات البيع، فصار كأن المشترى باع العبد ثانيًا من بائعه، وشهد للمدعى بالملك، ولو كان كذلك لاتقبل شهادته؛ لأنه ساعٍ فى نقض ما تم به، وبمثله لو رده بقضاء قاض، أو بغير قضاء قاضٍ قبل القبض، تقبل شهادته، فاعتبر البيع منفسخًا من كل وجه، وإذا انفسخ البيع من كل وجه، صار وجود البيع وعدمه بمنزلة، ولو عدم البيع، كان تقبل شهادته للمدعى، فهنا كذلك، فعلم أن الإقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء إنما يعتبر فسخًا فى حق المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، فأما ما لم يكن من موجبات البيع، فإنه يعتبر شراء جديدًا فى حقه، كما يعتبر شراء جديدًا فى حق الثالث، إذا ثبت هذا فنقول: زيادة الجودة على المشروط فى أصل البيع، ونقصان الجودة ليس من موجبات البيع، فإنه لايجب ذلك فى البيع، وإنما وجب بعارض آخر، وهو أن المشترى زاد على المشروط الجودة، وأبرأ البائع المشترى عن الجودة، وإذا لم يكن ما حصل من الجودة للبائع من موجبات البيع، اعتبرت الإقالة فى ذلك بيعًا جديدًا إن كان العبد ذلك من حقهما، وإذا اعتبر بيعًا جديدًا، صار كأن المشترى باع العبد ثانيًا من البائع بمثل الثمن الأول، ولو كان كذلك لا يجب على البائع رد مثل المقبوض، وإنما يجب عليه رد مثل المشروط رد بمثل المبيع، فكذا ههنا، وإذا كان فسخًا من كل وجه، ظهر الفسخ فى حقه، كما ظهر فى حق الأصل، ولزمه رد مثل المقبوض، لا رد مثل المشروط.

وفى "القدورى": وقبول الإقالة فى المجلس شرط؛ لأن الإقالة تظهر البيع فى حق

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": وإن كان فى حقهما لهذا المعنى.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": بنفس البيع.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

ارتباط أحد اللفظين بالآخر، فيعتبر له المجلس، كما في البيع.

قال: وتصح الإقالة بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل، نحو أن يقول: أقلني، فيقول: أقلت، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يقوم إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارًا بالبيع، ولهما أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله: أقلني مساومة، بل كان تحقيقا للتصرف، كما في النكاح، وبه فارق البيع.

وفي "نوادر ابن سماعة": قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: في رجل باع رجلا بيعًا، ثم لقيه المشترى، ولم يقبض المبيع، قال: إنك قد أغليت علي، فلا حاجة لي فيما بعتني، فأقلني، فقال البائع: قد أقلتك، قال: ينتقض البيع، وإن لم يقل المشترى: قبلت، أو رضيت، وهذه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى توافق رواية "القدوري" عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وأبي يوسف، قال: وكذلك لو كان قال له المشترى: فافسخ البيع فيما بيني وبينك، ففسخ، كان جائزًا.

وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى مسألة تدل على أن قوله مثل قولهما، فإنه قال في رجل اشترى من رجل عينًا بألف درهم، وتقابضا، ثم قال المشترى للبائع: أقلني على أن أوجرك بالألف سنة، فقال: قد فعلت، جازت الإقالة، ولم يجز التاجير، وقال "القدوري" أيضًا: وتصح الإقالة إذا كان المبيع قائمًا، أو بعضه، ولا يعتبر قيام الثمن.

يجب أن يعلم أن من شرط صحة الإقالة قيام العقد لكون الإقالة رفعًا للعقد، وقيام العقد بقيام المعقود عليه، لا قيام المعقود عليه به؛ لأن المعقود عليه محل إضافة العقد، ومحل حكمه شرعًا، أما المعقود به ليس محل إضافة العقد، ولا محل ثبوت حكمه، وما يُكال ويوزن إذا كان موصوفًا في الذمة، كان ثمنًا، وإذا كان بعينه يكون مبيعًا.

١٢٨٦٨- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الكبير": رجل اشترى من آخر عبدًا بكر حنطة بعينها، وتقابضا، فهلك العبد، ثم إنهما تقايلا العقد فيما بينهما، جازت الإقالة أن الكر لما كان متعينًا كان هذا بيع العين بالعين، وفي بيع العين بالعين كل واحد منهما مبيع في حق نفسه، ثمن في حق ما يقابله؛ لأن العقد لا بدله من معقود عليه، وليس أحدهما بأن يجعل معقودًا عليه أولى من الآخر، فجعلنا كل واحد من العوضين مبيعًا في حق نفسه، ثمنًا في حق ما يقابله، وهذا لا يجوز الاستبدال بالكر قبل القبض، لما فيه من استبدال المبيع قبل القبض، وإذا هلك قبل القبض، فسد العقد، ولما كان كل واحد منهما معقودًا عليه العقد في حق نفسه، يبقى العقد ببقاء أحدهما، فتصح الإقالة، وإذا صحت الإقالة، لزم الآخر رد العبد، وقد عجز

عن رده بسبب الهلاك، فيلزمه قيمته.

١٢٨٦٩- وإذا باع العبد بكر بغير عينه، وتقابضا، فهلك، ثم تقايلا، والكر قائم بعينه، فالإقالة باطلة؛ لأن الكر إذا كان بغير عينه، كان ثمنًا، ولهذا لا يشترط فيه التأجيل، ولو كان مبيعًا، فالبيع لا يثبت فى الذمة إلا مؤجلا، وكذا يجوز الاستبدال به قبل القبض، مع أن الاستبدال بالمبيع قبل القبض ممتنع.

وكذلك لو تقايلا حال قيام العبد، لا يلزم بائع العبد رد عين ما قبض من الكر، كما فى الدراهم، فكان ثمنًا، ولما كان ثمنًا، لا يبقى العقد ببقاءه، فلم يستقم رفعه، فرق بين هذا وبين ما لو أسلم عبدًا فى كر حنطة إلى أجل، ثم هلك العبد، ثم تقايلا على المسلم فيه، يجوز، والفرق وهو أن المسلم فيه مبيع بدليل عكس ما ذكرنا من الأحكام، ولما كان كذلك كان هذا بيع العرض بالعرض، وهلاك أحدهما لا يمنع صحة الإقالة، أما ههنا بخلافه على ما مر.

١٢٨٧٠- وإذا اشترى عبدًا بدراهم، وتقابضا، ثم تقايلا بعد ما هلك العبد، فالإقالة باطلة؛ لأن الدراهم من كل وجه، فلا يبقى العقد ببقاءه، لو صح ما ذكرنا أن الثمن إنما يثبت له حكم الوجود فى الذمة بالعقد، وما يكون وجوده بالعقد كان حكمًا للعقد، وحكم العقد لا يكون محلا للعقد؛ لأن محل العقد شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه، وحكم الشيء يعقبه، وبينهما تنافٍ.

١٢٨٧١- ولو اشترى عبدًا بنقرة فضة إن كانت النقرة بغير عينها [ثم تقايلا بعد ما هلك العبد، لا يجوز؛ لأن النقرة إذا كانت بغير عينها كان ثمنًا، فلا يبقى العقد ببقاءها، وإن كانت بعينها جازت الإقالة عليها إذا هلك العبد؛ لأنها إذا كانت بعينها كانت مبيعة؛ لأن النقرة تتعين بالتعيين على ظاهر الرواية إلا على رواية كتاب الصرف، ولهذا لا يصلح رأس مال الشركات والمضاربات، وهذا دليل على أنها تتعين بالتعيين، ولما تعينت بالتعيين على ظاهر الرواية كانت مبيعة، فكان العقد باقيًا ببقاءها، فصحت الإقالة، ووجب على الآخر رد العبد، وقد تعذر عليه رده، فيصار إلى قيمته بعد هذا إن كان فى قيمة العبد فضل على النقرة، يقضى قيمة العبد بدنانير؛ لأن الإقالة وإن كانت فسخًا فى حق المتعاقدين، فهو عقد جديد فى حق الثالث، وحرمة الربا أحق بمنزلة بيع مبتدأ، فيقضى بقيمته بخلاف الجنس تحرزًا عن الربا، ولو اشترى عبدًا بجارية، وتقابضا، ثم تقايلا، ثم هلك أحدهما قبل الرد، لا ينقض الإقالة؛ لأن فى بيع المقايضة هلاك أحد العوضين لا يمنع ابتداء الإقالة، فأولى أن لا يمنع البقاء، وكان على من هلك فى يده قيمة الهالك، وإن هلكا جميعًا قبل التراد، بطلت الإقالة؛ لأن هلاكها يمنع ابتداء

الإقالة، فمنع بقاءها قبل التمام، والإقالة قبل القبض غير تامة.

١٢٨٧٢- ولو اشترى عبداً بدرهم، وتقابضا، ثم تقايلا، فهلك العبد قبل القبض بحكم الإقالة، بطلت الإقالة؛ لأن بهلاك العبد فات محل الإقالة، وفوات المحل يمنع البقاء، كما يمنع الابتداء، وإن اشتراه بنقرة فضة، إن كانت النقرة بغير عينها][1]، فكذلك الجواب، وإن كانت بعينها، لم تنقض الإقالة بهلاك العبد لما مر، وإذا لم تنقض الإقالة، كان على الذى هلك العبد فى يده قيمته دراهم ودنانير.

فرق بين هذا وبين ما إذا كانت الإقالة على النقرة بعينها بعد هلاك العبد، فإن هناك قال: يقضى بالدنانير خاصة، والفرق وهو أن ههنا الإقالة صحت على النقرة وعلى العبد، والربا لا يجرى بين العبد والنقرة، وهذه الحالة وهو حال وجوب قيمة العبد حال بقاء الإقالة، وفى حال بقاء الإقالة ولا يجرى الربا، إذ الموجود فى حالة البقاء ليس إلا القبض الذى له شبه بالعقد، وأثره فى إيجاب النصدق لا فى جريان الربا، و وجوب التصدق حكم غيبى[2] بينه وبين ربه، لا يدخل تحت القضاء، فلم يجب القضاء، بخلاف الجنس تحرزاً عن هذه الشبهة التى لا مدخل لها فى القضاء، لكن قيل: إن قضى بخلاف جنسه لا يجب عليه التصدق بشىء، وإن قضى بجنسه تصدق بالفضل تحرزاً عن الشبهة، كما لو اشترى عبداً قيمته ألف درهم بألف درهم، وقبل العبد قبل القبض، واختار المشترى أخذ القيمة قضى القاضى بالقيمة دنانير أو دراهم، لكن إن قضى بالقيمة دراهم، تصدق بالفضل، وإن قضى بالقيمة دنانير، لم يتصدق بشىء، كذا ههنا، أما فيما سبق الحال حال ابتداء الإقالة، والإقالة عقد جديد فى حق الثالث، وحرمة الربا حق الشرع، فصار فى حق الشرع بمنزلة عقد مبتدأ على النقرة وعلى قيمة العبد، وفى حالة الابتداء يجرى الربا، وإنه يدخل تحت الحكم، فيقضى بالدنانير تحرزاً عن الربا.

١٢٨٧٣- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، فلم يقبضه حتى قال المشترى للبائع: بعه، فقيل، هل يكون هذا نقضا للبيع؟ فقد ذكرنا هذه المسألة مع أجناسها فى صدر هذا الكتاب إلا أن موضوع المسألة فيما وضع محمد رحمه الله تعالى ثمه أن المشترى قال للبائع: بعه، فقبل، ثم باعه، فهو مناقضة للبيع الأول وموضوع المسألة، ههنا أن المشترى قال للبائع: بعه، فقبل هو مناقضة للبيع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) وفى "ف" و "م": شىء بدلا من غيبى.

[الأول](١).

وعنه فى رجل اشترى عبدًا، فلم يقبضه حتى سأله البائع أن يبيعه إياه بألف درهم، ففعل، لم يكن هذا مناقضة للبيع الأول.

١٢٨٧٤- وفى "المنتقى": رجل اشترى من رجل عبدًا، ودفع إليه الثمن، ولم يقبض، ثم إن المشترى لقى البائع، وقال: قد وهبت العبد والثمن، لم تجز الهبة، قال: لأنى إنما جعلت قوله: وهبت لك العبد نقضا للبيع، فلا يمكن أن أجعله هبة للثمن.

١٢٨٧٥- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبدًا بجارية، وتقابضا، ثم تقايلا، فدفع مشترى العبد العبد إلى بائعه، ولم يقبض الجارية، حتى ماتت فى يد مشتريها، فإن البيع يعود إليه حاله، ويرد العبد إلى الذى كان فى يده.

وفى "نوادر ابن سماعة(٢)": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى رجل باع عبدًا بعبد، وتقابضا، فعمى أحدهما، ثم أقاله البيع، قال: إن كان يعلم بالعمى أخذه، وليس له غيره، وإن لم يكن له علم، فإنه يرد العبد، ويأخذ قيمة عبده صحيحًا.

١٢٨٧٦- وإذا اشترى عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم تقايلا، ثم قبله المشترى قبل أن يرده، فقد ذهب بالثمن، وإن فقأ إحدى عينيه، فالبائع بالخيار، إن شاء أخذه بنصف الثمن، وإن شاء تركه، وإن لم يفقأ عينه، ولكن ذهب من وجع، فإن شاء البائع أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وفى "نوادر المعلى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: رجل اشترى من رجل عبدًا، ثم قال للبائع قبل أن يقبضه: بعه، فإن أعتقه البائع، فعتقه جائز عن نفسه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: عتقه باطل، قال أبو الفضل: يحتمل أن يكون وجه هذه المسألة أنه جعل قوله: بعه بمنزلة الإقالة، وجعل عتق البائع بمنزلة قبوله الإقالة على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٢٨٧٧- وفى "المنتقى": رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، فقطعت يده عند المشترى، فأخذ أرشها، ثم تقايلا البيع، فإن كان البائع علم بالقطع، لزمه الإقالة بجميع الثمن، ولا شىء له من الأرش، وإن لم يكن علم بالقطع، فهو بالخيار، إن شاء أخذه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) وفى "م": وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف.

دون الأرش بجميع الثمن، وإن شاء رده، وكذلك لو كانت جارية، فولدت عند المشترى، لم يتبعها الولد فى الإقالة.

وفيه أيضًا: رجل باع عبدًا بأمة، وتقابضا، ثم باع نصف العبد، ثم أقاله البيع فى الأمة، جاز، وكان له][1] قيمة العبد -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الحادى والعشرون
فى الدعاوى والشهادة فى البيع

١٢٨٧٨- هذا الفصل يشتمل على أنواع : نوع منه : إذا كانت الدار فى يدى رجل ادعى رجل أنه اشتراها ، وأقام على ذلك بينة ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون الدار فى يدى البائع ، وفى هذا الوجه لو شهد الشهود للمشترى بمجرد الشراء منه ، يقضى له بالدار ، وإن لم يشهدوا بالملك للبائع .

الوجه الثانى : أن يكون الدار فى يد غير البائع وذواليد يدعى الدار لنفسه ، وأنه على وجوه ، فإن شهدوا أنه اشتراها من فلان ، ولم يزيدوا عليه ، فإنه لا يقضى له بها ، ولا ينقض يد ذى اليد بهذه الشهادة ؛ لأنه لم يثبت الملك للمدعى بهذه الشهادة ؛ لأنه لم يثبت إلا مجرد الشراء من فلان ، والشراء من فلان يوجب الملك للمدعى إن كان البائع مالكًا ، أو نائب المالك ، وإن كان غاصبًا لا يوجب الملك للمدعى ، فيقع الشك فى نقض يد ذى اليد ، فلا ينقض بالشك ، وإن كان هذا بمنزلة ما لو شهدوا أنه كان فى يد المدعى ، ولم يزيدوا عليه ، فإنه لا ينتقض ذى اليد بهذه الشهادة ، وإن ثبت حدوث يد ذى اليد ؛ لأنه احتمل أن يد المدعى كان بحق ، فيجب نقضه بهذا الاعتبار ، واحتمل أنه كان بغير حق ، فلا يجب نقضه ، فلم ينقض بالشك والاحتمال ، فكذلك هذا .

ولا يقال : بأن الظاهر أن يكون يده يد ملك ؛ لأنا نقول الظاهر يصلح حجة للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق ، وههنا حاجته إلى استحقاق اليد على ذى اليد وإن شهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها ، فإنه يقضى بذلك للمدعى ، وينقض يد ذى اليد ؛ لأنه ثبت ملك المدعى بلا احتمال ، فإنهم شهدوا بالملك للبائع ، وإذا ثبت ملك البائع ، ثبت ملك المشترى بالشراء منه ، فينتقض يد ذى اليد ، كما لو شهدوا أنه ملك المدعى ، وكذلك إن شهدوا أنه اشتراها من فلان ، وإنها لفلان ، تقبل شهادتهم ؛ لأن شهادتهم أنها لفلان كشهادتهم أنه كان يملكها ، وكذلك لو شهدوا أنها لهذا المدعى اشتراها من فلان يقضى بها للمدعى ؛ لأنهم شهدوا بالملك للمدعى ، وشهدوا بالملك لبائعه مقتضى شهادتهم بالملك للمدعى ؛ لأن المشترى يملك من جهة البائع .

١٢٨٧٩- وكذلك لو شهدوا أن فلانًا باعها منه ، وسلم إليه ، فإنه يقضى للمدعى ،

وينقض يد ذى اليد، وكان يجب[(١)] أن لا يقضى، وهو رواية القاضى أبى حازم عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك للمشترى نصًا، ولم يشهدوا بالملك للبائع لتكون شهادة بالملك للمشترى ثبت شراءه منه إنما شهدوا بالبيع والتسليم، وكلا الأمرين قد يكون من المالك، ومن نائبه، وقد يكون من الغاصب، فصار هذا كما لو شهدوا أنه باعها، وهى فى يده يوم البيع، ولم يزيدوا على ذلك، وههنا لا تقبل الشهادة، وكذا ههنا إلا أن الجواب منه أن يقال بأنهم بهذه الشهادة أثبتوا للمدعى يد ملك، فينقض يد ذى اليد، كما لو نصوا أنه كان فى يده يد ملك، وإنما قلنا ذلك؛ لأنهم شهدوا للمدعى بيده مقرونًا بسبب الملك، والشهادة للمدعى باليد مقرونًا بسبب الملك، فهى محتملة بين أن تكون يد ملك وبين أن لا يكون احتمالا على السواء، فإن اقترن به سبب الملك، ترجح جانب يد الملك، وسقط اعتبار احتمال أنه ليس بيد ملك، وإذا سقط هذا الاعتبار، فكأنهم شهدوا أيضًا أن يد المدعى يد ملك، ونظير هذا ما لو قالوا فى شاهدين شهدوا بدار لرجل يدعيها فى يد إنسان أنه كان فى يد أبيه وقت الموت، فإنه يقضى بالدار له، وينقض يد ذى اليد؛ لأنهم شهدوا للمدعى بيد مقرون بسبب الملك؛ لأن ما كان فى يد أبيه وقت الموت ينتقل إلى وارثه بعد الموت، ويصير فى يده، فيكون شهادة له باليد مقرونًا بسبب الملك؛ لأن الموت سبب الملك للوارث فيما تركه الميت للوارث، فترجح يد الملك على يد غير الملك لما اقترن باليد سبب الملك، وإذا ترجح الملك صارت العبرة له لا لغيره.

١٢٨٨٠- أو نقول: الشهادة بالتسليم شهادة بالملك للبائع من حيث المعنى، فقبل كما لو شهدوا له بالملك نصًا، بيانه: أن التسليم إن كان تسليم مالك، فلا شك أن يكون شهادة بالملك، وإن لم يكن تسليم مالك، يصير مالكًا بالتسليم؛ لأنه بالتسليم يصير عاجزًا عن الرد، وعجز الغاصب عن الرد يوجب الضمان، والمضمون يصير ملكًا للضامن بالضمان، وكان بمنزلة الشهادة باليد عند الموت اعتبرت الشهادة بالملك عند الموت؛ لأن يد غير المالك ينقلب يد المالك بالموت بسبب العجز عن الرد بالتجهيل، وأما إذا شهدوا أنه كان فى يد المدعى وقت البيع، فلاذكر لهذه المسألة فى "الأصل".

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، فمن اختار العبارة الأولى فى المسألة المتقدمة يقول: تقبل هذه الشهادة؛ لأن الشهادة باليد عند سبب النقل شهادة بالملك، كما لو شهدوا أنه كان فى يده عند الموت، وهذا القائل لا يحتاج إلى الفرق بين ما إذا شهدوا أنه كان فى يده يوم

---

(١) وفى النسخة "م": ينبغى مكان يجب.

البيع وبين ما إذا شهدوا أنه كان فى يده يوم الموت، ومن اختار العبارة الثانية فى المسألة المتقدمة يقول: لا تقبل هذه الشهادة، وهكذا روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى فى "نوادره"، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا شهدوا أنها كانت فى يده عند الموت.

والفرق أن الشهادة باليد عند البيع ليست بشهادة بالملك للبائع؛ لأن يده إن لم تكن يد ملك، لا تنقلب يد ملك بمجرد البيع؛ لأن بمجرد البيع لا يعجز عن التسليم ما دام فى يده، فأما الشهادة باليد عند الموت شهادة بالملك له؛ لأن بالموت يعجز عن الرد، فينقلب يده بالموت يد ملك إن لم يكن يد ملك فى الأصل، وأما إذا شهدوا أنه اشتراها من فلان، وقبضها منه، ولم يزيدوا على ذلك، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدوا أن فلانًا باعها منه، وسلمها إليه؛ لأن الشهادة بقبض المشترى شهادة بتسليم البائع، ثم إذا قبلت الشهادة فى هذه المسائل يثبت الشراء على البائع، وينتصب ذو اليد خصمًا عن البائع، ويقوم إنكاره مقام إنكار البائع، حتى لو حضر البائع، وأنكر البيع، لا يلتفت إلى إنكاره.

١٢٨٨١- دار فى يد رجل وشهد شاهدان أنه اشتراها منه، إن سميا مقدار الثمن، قبلت شهادتهما، سواء شهدوا باستيفاء الثمن، أو لم يشهدوا؛ لأن المشهود به معلوم من كل وجه؛ لأن المشهود به فى البيع المبيع والثمن، وكل ذلك معلوم، وكان الشهادة مقبولة، وأما إذا لم يسميا مقدار الثمن إن لم يشهدوا باستيفاء الثمن، لا تقبل شهادتهم؛ لأن الثمن مجهول، وهو مقتضى به إذا لم يكن مستوفيًا؛ لأنه لابد للقاضى من القضاء بالثمن على المشترى، حتى يمكن المشترى قبض المبيع من البائع، وإذا كان مقدار الثمن مجهولا، لا يمكنه القضاء به، وإذا تعذر القضاد بالثمن، تعذر القضاء بالبيع وشهادة لا يمكن القضاء بها لا تقبل، وأما إذا شهدا باستيفاء الثمن، كانت الشهادة مقبولة، وإن كان مقدار الثمن مجهولا؛ لأن الثمن غير مقضى به متى كان مستوفيًا [فجهالته غير مقضى به][1] لا يضر، وما هو مقضى به، وهو المبيع معلوم، فأمكن القضاء بهذه البينة، فقبلت.

١٢٨٨٢- وإذا ادعى على آخر أنك اشتريت منى هذا العين، والمشترى يجحد، فجاء مدعى الشراء بشاهدين، واختلفا فى جنس الثمن، أو فى مقدار الثمن، فإنه لا يقبل شهادتهما على كل حال، إذا كان العين قائمًا فى يد المشترى، وذلك لأن المعقود عليه مادام قائمًا، فالعقد مقضى به أيضًا، ألا ترى أنهما لو تقايلا حال قيام المعقود عليه، صحت الإقالة، ولا يمكن لقاضٍ أن يقضى بالعقد بما شهدا؛ لأنهما شهدا بعقدين مختلفين؛ لأن العقد بألف غير العقد

---

(١) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": فجهالة وهو غير مقصودة.

بألفين، ولهذا قلنا: إن الاختلاف لو وقع فيما بين المتعاقدين على هذا الوجه، يتحالفان، وإذا كان العقد بألف غير العقد بألفين، فقد شهد كل واحد منهما بعقد لم يشهد به صاحبه، وما غاب عن علم القاضى لا يثبت بشهادة شاهد واحد.

هذا إذا كان المبيع قائمًا، أما إذا كان المبيع هالكا فى يد المشترى، وادعى المشترى الشراء، وأنكر البائع، وقال: لا، بل غصبت منى، فأقام المشترى شاهدين، فاختلفا، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا فى القدر، أو فى جنس الثمن، فإن اختلفا فى جنس الثمن، فإن شهد أحدهما بألف، والآخر بمائة دينار، فإنه لا تقبل هذه الشهادة، وإن لم يكن العقد مقضيّا به حال هلاك المعقود عليه حتى لو تقايلا، لم تصح الإقالة، وإنما المقضى به المال، إلا أن الدعوى لو وقع فى مطلق المال، واختلفا على هذا الوجه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه لا بد للمدعى من أن يدعى أحد المالين، وإذا ادعى أحدهما، فقد كذبت [شاهده الآخر والمشهود له متى كذب شاهده، لا تقبل][1] شهادته، وإن اختلفا فى مقدار الثمن أن تخلل بين المالين حرف العطف، بأن شهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة، فإن كان المدعى يدعى أكثر المالين، فإنه تقبل هذه الشهادة على الأقل؛ لأن العقد غير مقضى به فى هذه الحالة، فكان الدعوى وقع فى مطلق المال، واختلف الشاهدان على هذا الوجه، فالمدعى يدعى الأكثر، وهناك تقبل الشهادة على الأقل عندهم جميعًا، نص على هذا فى كتاب الإجارات، كذا هنا.

١٢٨٨٣- وإن كان المدعى يدعى أقل المالين، بأن كان يدعى ألف درهم، لا تقبل شهادته؛ لأنه كذب شاهده بالأكثر، إلا أن يوقف المدعى، فيقول كان لى عليه ألف وخمسمائة كما شهد به الشاهد بالأكثر، إلا أنى استوفيت خمسمائة، ولم يعلم به هذا الشاهد متى وقف على هذا الوجه، فإنه يقضى له بألف درهم؛ لأن المانع من قبول الشهادة تكذيب الشاهد بالأكثروقد زال التكذيب متى وقف المدعى على هذا الوجه، فتقبل هذه الشهادة، فأما إذا لم يتخلل بين الأقل والأكثر حرف العطف، بأن شهد أحدهما بألف، والآخر بألفين، إن كان المدعى يدعى الأقل، فإنه لا تقبل هذه الشهادة عندهم جميعًا، كما لو وقع الدعوى فى مطلق المال؛ لأنه كذب شاهده بأكثر المالين، إلا أن يوقف المدعى على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فيقول: كان على عليه ألفان إلا أنى استوفيت منه ألف درهم ولم يعلم به الشاهد بأكثر المالين [فحينئذٍ تقبل الشهادة عندهما؛ لأن المانع من قبول الشهادة عندهما فى هذا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

الفصل بتكذيب الشاهد بأكثر المالين][1]، وقد زال التكذيب، فتقبل الشهادة كما لو تخلل بين المالين حرف العطف، وعند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا تقبل، وإن وقف على هذا الوجه؛ لأن المانع عنده من قبول الشهادة إنهما لا يتفقان على ألف لفظا [وبما وفّقا، ولا يثبت اتفاقهما على ألف لفظا ولاينفعه][2] هذا التوفيق.

وإن كان المدعى يدعى أكثر المالين ألف درهم، فالمسألة على هذا الاختلاف لاتقبل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقبل هذه الشهادة.

١٢٨٨٤- قال: وإذا ادعى رجل داراً فى يدى رجل أنه قد اشتراها منه، وأقام على ذلك شاهدين، فشهدا أنه باعها، وسميا الثمن، واتفقا عليه، غير أنهما اختلفا فى الأيام والبلدان، فإنه لا يمنع قبول الشهادة؛ لأن البيع تصرف قولى، واختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة متى قامت الشهادة على القول، ألا ترى أن العادة بين الناس أنهم يدورون على الشهود عند الإشهاد، فتختلف الأماكن والأوقات، ويكون الإقرار واحداً.

قال: وإذا ادعى الرجل داراً فى يدى رجل أنه اشتراها، وأقام شاهدين عليهما، غير أنهما لا يعرفان الدار ولا الحدود، ولا يسميان من ذلك شيئًا، فإن شهادتهما لا تقبل؛ لأنهما شهدا بمجهول؛ لأنهما لم يشيرا، ولم يحددا المحدود المشهود به، والتعريف فى العقارات يقع بأحد هذين الأمرين، فإذا لم يوجد واحد منهما، كان المشهود به مجهولا، وجهالة المشهود به يمنع قبول الشهادة؛ لأنه لايمكن القضاء بها، وإن قالا: قد سمع البائع والمشترى موضع الدار، وحدودها، ثم وصفوا ذلك، وسموه إلا أنا لانعرف هذا المحدود، هل هو فى يد البائع أم لا، فإنه تقبل هذه الشهادة؛ لأن المشهود به معلوم، فإنهم حددوا الدار، والتعريف يقع بذكر الحدود فى باب العقار، إلا أنه لا يقضى بها متى أنكر المشهود عليه أن يكون الدار التى ذكرها الشهود، وحدودها هى الدار التى فى يده، لجواز أن لا يكون لهذه الدار التى ادعاها بهذه الحدود التى ذكرها الشهود [ويحتاج المدعى إلى إقامة بينة أخرى أن الدار التى ادعاها المدعى بهذه الحدود التى ذكرها الشهود][3]، فإذا أقام بينة أخرى على هذا الوجه، قضى بالدار.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ف" و "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ونظير هذا ما قالوا فى رجل جاء بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ أن فلانًا وفلانًا شهدا عندى أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا كذا دينارًا، فأحضر المدعى رجلا، فادعى أنه فلان بن فلان، وأنكر الرجل أن يكون فلان بن فلان ما لم يقم المدعى بينة أخرى أن هذا الرجل فلان بن فلان، فإنه لا تقبل بينته كذا ههنا.

١٢٨٨٥- وإذا كان المشترى يجحد الشراء، والبائع يدعيه، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان يدعيه المشترى؛ لأن القاضى يحتاج إلى أن يقضى بالثمن إذا كان البائع مدعيًا، كما يحتاج لو ادعاه المشترى، فيكون الجواب فى الفصلين واحدًا.

١٢٨٨٦- قال: وإذا كانت الدار فى يد رجل، فأقام على ذلك الرجل شاهدين أنها داره، ابتاعها من فلان، وأقام الذى فى يديه بينة أنها داره ابتاعها من ذلك الفلان أيضًا، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يكون الدار فى أيديهما أو فى يد أحدهما، أو فى يد البائع، وكل وجه من ذلك على أربعة أوجه: إما إن أرّخا وتاريخهما على السواء، أو تاريخ أحدهما أسبق من تاريخ الآخر، أو لم يؤرخا أصلا، أو أرخ أحدهما، ولم يؤرّخ الآخر، فإن كانت الدار فى أيديهما، وقد أرّخا تاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، فإنه يقضى بالدار بينهما نصفين؛ لأنهما استويا فى الدعوى والحجة واليد، فيستويان فى الاستحقاق كما لو ادعى اثنان نتاج دابة، والدابة فى أيديهما، وأقاما جميعًا البينة أنه يقضى بينهما نصفان، فكذلك هذا، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر، فإنه يقضى بالدار بينهما نصفان، ولا يقضى بجميع الدار لصاحب التاريخ؛ لأن يد الذى لا تاريخ له ثابتة بيقين وقع الشك فى نصفها إن كان شراؤه بعد شراء صاحب التاريخ، وجب نقض يده، وإن كان قبله لا يجب نقضه، وقد احتمل شراء الدار التى لا تاريخ له أن يكون سابقًا على صاحب التاريخ، وأن يكون لاحقًا، وقد وقع الشك فى نقض يده، فلايجوز نقضها بالشك، ويخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما أثبت الشراء فى الجميع، ولم يسلم له إلا النصف، فيخير، كما لو اشترى دارًا، ثم استحق نصفها إن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فأسبق التاريخين أولى لوجهين: أحدهما: أن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا شراء أحدهما سابقًا، وشراء الآخر بعده، كان السابق منهما أولى، كان الدار فى أيديهما، فكذا إذا ثبت بالبينة العادلة.

والثانى: وهو أن بينة أسبقهما تاريخًا أكثر إثباتًا [لأنها تثبت ملكه منذ شهرين، والأخرى منذ شهر، وكانت بينة من أسبق أكثر إثباتًا][1]، فكان أولى، وإن كان الدار فى يد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أحدهما، إن أرخا وتاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، أو أرخّ أحدهما، فذو اليد أولى إن كان تاريخما على السواء، أو لم يورّخا؛ لأنهما استويا فى إثبات الشراء، ولأحدهما يد، والشراء مما يتأكد باليد، فيكون صاحب اليد، وأنه يثبت آكد الشيئين أولى، كالعتق مع الشراء إذا اجتمعا، كان العتق أولى؛ لأنه آكد، فكذلك هذا.

وكذلك إن أرّخ أحدهما، فصاحب اليد أولى؛ لأن يده ثابتة بيقين، وقع الشك فى نقض يده إن كان شراء الذى لا تاريخ له سابقًا على يده، وجب نقض يده، وإن كان لاحقًا، لا يجب نقض يده، وقد احتمل كلا الأمرين، فلا تنقض يده بالشك، وإن أرخّا، وتاريخ أحدهما أسبق كان أسبقهما تاريخًا أولى، سواء كان فى يده، أو فى يد الآخر إن كان أسبقهما تاريخًا ذو اليد، فلا إشكال؛ لأنه من غير تاريخ، كان أولى، سواء كان فى يده، أو فى يد الآخر إن كان أسبقهما تاريخًا الآخر، فكذلك أولى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولأنه آكد إثباتًا[1]، وإن كانت الدار فى يد البائع إن أرخا، وتاريخ أحدهما على الشراء، أو لم يؤرّخا، فالدار بينهما نصفان، ويخير كل واحد منهما؛ لأنهما استويا فى الدعوى والحجة، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق، فالسابق أولى، كما لو ثبت الأمران معاينة.

فأما إذا أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر، فإن صاحب التاريخ أولى، فرق بين هذا، وبين ما إذا كانت الدار فى يد أحد المشتريين، وقد أرخ الخارج، ولم يؤرخ ذو اليد، ذكر أن ذواليد أولى من صاحب التاريخ.

ووجه الفرق بينهما وهو أن الدار متى كان فى يد البائع لو جعلنا صاحب التاريخ أولى يُقِلُّ نقض ما هو ثابت، ومتى حعلنا صاحب الإطلاق أولى، يكثر نقض ما هو الثابت، وتقليل نقض ما هو الثابت أولى، وإنما قلنا ذلك؛ لأنا متى جعلنا صاحب التاريخ أولى نقضنا شراء الآخر لا غير؛ لأنه لم يثبت ببينته إلا الشراء، ومتى قضينا للذى لا تاريخ له، نقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة، وتقليل نقض ما هو الثابت أولى من تكثيره، بخلاف ما لو كان فى يد أحد المشتريين، حيث قضى لذى اليد، ولا يقضى لصاحب التاريخ حتى يقل نقض ما هو الثابت، وذلك لأنا متى قضينا لصاحب التاريخ يحتاج إلى أن ينقض المشترى على ذى اليد يده، ويده ثابتة معاينة، والثابت معاينة فوق الثابت بالبينة، فيكون نقض الثابت معاينة، وهو اليد أكثر من نقض الثابت بالبينة، وهو التاريخ، فإذا من حيث المعنى لا فرق بينهما؛ لأنا فى الموضعين نقضى على وجه النقض، هذا الذى ذكرنا

---

(١) وفى "م": أكثر مكان آكد.

كله إذا ادعيا تلقى الملك من وجه [واحد، فأما إذا ادعيا تلقى الملك من وجه][١] من اثنين، ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدار من زيد، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو، وأقاما جميعًا البينة، فهذا لا يخلو من وجهين: إما أن يكون فى أيديهما، أو فى يد أحدهما، إن كان فى أيديهما، يقضى بالدار بينهما؛ لأن كل واحد منهما ببينته يثبت الملك لبائعه؛ لأن الملك لبائعه غير ثابت باتفاق صاحبه، فكأن البائعين حضرا، وادعيا، وأقاما البينة على الملك، والدار فى أيديهما، وهناك المدعى بينهما يكون نصفين؛ لأنهما استويا فى الدعوى والحجة واليد، فكذلك هذا، وكذلك إن كان فى يد أحدهما، فالخارج أولى، بخلاف ما إذا ادعيا تلقى الملك من وجه، فإنه يقضى لذى اليد، ووجه الفرق بينهما أنهما متى ادعيا تلقى الملك من وجه[٢] اثنين، فكل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه، فيجعل كأن البائعين حضرا، وادعيا ملكًا مطلقًا، والدار فى يد أحدهما، وأقام البينة، ولو كان كذلك كان الخارج أولى، فكذلك هذا، وأما إذا ادعيا تلقى الملك من جهة واحد، فكل واحد منهما لا يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه [لأن الملك لبائعهما][٣] ثابت بتصادقهما، وإنما يثبت كل واحد منهما ببينته [الانتقال إلى نفسه][٤] بسبب الشراء، وذواليد آكد الشرائين، والقضاء بالآكد أولى إذا تعذر العمل بهما، كالرهن[٥] مع الشراء.

هذا إذا ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين من غير التاريخ، فإن ادعيا مع ذلك تاريخًا، أو ادعاه أحدهما، فهذا وما لو ادعيا ملكًا مطلقًا سواء؛ لأن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك بملكيته، وكان كل واحد من المالكين حضرا، وادعى الملك المطلق لنفسه، وسيأتى الكلام فى دعوى الملك المطلق فى كتاب الدعوى -إن شاء الله تعالى-.

١٢٨٨٧- قال: وإن كانت الدار فى يدى رجل، أقام عليها رجل البينة أنه اشتراها من ذى اليد بألف درهم، وأقام الذى فى يديه البينة أنه باعها منه بألفى درهم، ولايدرى التاريخ بين البيعين، فإنه يقضى بألفى درهم ببينة البائع؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن أحدهما

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

(٢) وفى "م": من جهة اثنين.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٤) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ" و"ف": ببينة الملك بسبب الشراء.

(٥) وفى "م": كالعتق بدلا من كالرهن.

يفسخ الأول لا محالة، وبأحدهما بعينه متعذر؛ لأنه ليس أحدهما بأن يعبر [قائمًا، والآخر مفسوخًا][1] بأولى من الآخر، فإذا تعذر القضاء بالعقدين[2]، وبعقد واحد يجعل كأن الدعوى وقع فى مطلق المال، كما لو حصل الدعوى بعد هلاك المبيع، ولو وقع الدعوى فى مطلق المال، ادعى أحدهما ألفين، وأقر المدعى قبله بألف، وأقاما جميعًا البينة، كان بينة صاحب الألفين أولى، لوجهين: الأول: أنه أكثر إثباتًا.

الثانى: أنه يثبت بينة دعواه، والآخر يثبت إقراره لغيره، والبينة المشروعة على إثبات الدعوى، لا على إثبات الإقرار لغيره، فكذلك هذا.

١٢٨٨٨- ولو أقام البائع البينة أنه باعها بعبد، أو طعام، وأقام المشترى بينة أنه اشتراها منه بألف درهم، كانت بينة البائع أولى، ولا تجىء العلة الأولى التى ذكرنا فى الفصل الأول أن بينة البائع أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت زيادة؛ لأن الزيادة إنما تتحقق فى جنس واحد، ولا تتحقق فى جنسين مختلفين، وإنما تجىء العلة الأخيرة، وهى أن البائع ببينته يثبت دعواه على المشترى، والمشترى يثبت إقراره بألف للبائع، والبيّنات مشروعة لإثبات الدعوى على الغير، لا لإثبات إقرار الغير، فإن من أقر لإنسان، وردّ المقر له إقراره، فأراد إثبات إقراره بالبينة، لا تقبل بينته، هذا معنى قولهم: إن البائع أثبت لنفسه، والمشترى لغيره، فكان البائع أشبه بالمدعين، فكذلك هذا.

١٢٨٨٩- قال: ولو أقام المشترى البينة أنه ابتاع هذه الدار ودارًا أخرى بألف درهم وأقام البائع البينة أنه باع هذه الدار وحدها بألفين، أجزت البيع فيهما جميعًا بألفين؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن الدار متى بيعت مرة لا يمكن أن تباع مرة أخرى مع آخر ما لم يشترها البائع ثانيًا، والشهود لم يشهدوا بذلك، وإذ تعذر القضاء بالعقدين، لزما قبول البينتين؛ لأن كل واحد منهما يثبت زيادة، فوجب قبول بينة كل واحد منهما فى إثبات الزيادة.

١٢٨٩٠- قال: وإذا كانت الدار فى يد رجل، فأقام بينة أنه باعها من فلان بألف درهم فى رمضان، وأقام فلان البينة أنه اشتراها من فلان بخمسمائة فى شوال، فإنه يقضى بالشراء بخمسمائة؛ لأن الثابت بالبينة العادلة إذا قبلت كالثابت معاينة، ولو عاينا الشراء الآخر بخمسمائة، فإنه ينقض البيع بألف درهم [فكذلك هذا يخالف ما إذا كان لا يدرى أى البيعين

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) وفى "م": فإذا تعذر القضاء بالعقدين، وتعذر واحد تعذر القضاء بالعقد، فجعل كأن الدعوى... إلخ.

أول، فإنه يقضى بألف درهم](١)؛ لأن القضاء بالعقدين، وبعقد واحد بعينه متعذر على ما بينا، فيعتبر الدعوى فى مطلق المال.

ادعى أحدهما بألف والآخر بخمسمائة، وأقاما البينة، ولو كان كذلك تقبل بينة من يثبت الألف للوجهين اللذين ذكرنا فيما تقدم.

قال: وإذا ادعى الرجل دارًا فى يدى رجل، وأقام بينة أنه اشتراها بألف درهم، والبائع يقول: لم أبع شيئًا، وأقام البائع البينة على أنه قد رد عليه الدار، فإنى أقبل ذلك منه، وأنقض البيع، هكذا ذكر فى كتاب الدعوى، ويجب أن لاتقبل بينة البائع، وذلك لأن البائع مناقض فى هذه الدعوى؛ لأنه زعم أولا أنه لم يبع، ثم ادعى البيع حين ادعى الفسخ؛ لأن الفسخ لا يصح إلا بعد البيع، فكان مناقضًا فى الدعوى، والمناقضة فى الدعوى تمنع صحة الدعوى، فكان يجب أن لاتقبل بينة البائع على الفسخ بعد ما جحد البيع، إلا أن الجواب عنه من وجهين: الأول: أن المناقضة إنما تتحقق بين الدعويين إذا لم يمكن التوفيق بينهما، وههنا التوفيق ممكن بين الكلامين، بأن يقول البائع: لم أبع شيئًا بنفسى، وإنما باع وكيلى، ثم فسخت [البيع بعد ذلك معى، فأذا أمكن التوفيق بين الكلامين من هذا الوجه، يوفق، ويحمل عليه حملا لأمره على الصلاح، فإذا حمل عليه، يجعل كالمنصوص عليه، فكأن البائع قال: لم أبع بنفسى، وإنما باع وكيلى، ثم فسخت](٢) العقد معك، وأقام على ذلك بينة، ولو كان كذلك تقبل بينة البائع على الفسخ، فكذلك هذا.

ونظير هذا ما لو قالوا: فيمن ادعى على آخر دينًا، فقال المدعى عليه: لم يكن لك على دين، فأقام المدعى بينة على الدين، ثم ادعى المدعى قبله الإيفاء، أو الإبراء، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن، بأن يحمل قوله: لم يكن لك على دين حين أنكرت، لأنى قضيت ذلك، أو أبرأتنى، فكذلك هذا التوفيق بين الدعويين ممكن، فيوفق القاضى بينهما حملا لأمر البائع على الصلاح، فإن الظاهر من حال العاقد أن لا يناقض فى كلامه، ومحمد رحمه الله تعالى لم يذكر توفيق المدعى، والمسألة محمولة على أنه وفق إلا أنه يذكر فى بعضها توفيق المدعى، ولم يذكر فى البعض، والثانى وهو أن قوله: لم أبع بمنزلة قوله: فسخت البيع؛ لأن جحود البيع فسخ، ألا ترى أنهما لو تبايعا، ثم تجاحدا، يفسخ البيع بينهما، كما لو تقايلا، فيكون جحود أحدهما دعوى الفسخ، فكأن البائع ادعى الفسخ أول

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

مرة، وأنكر المشترى، ثم أقام البائع البينة على الفسخ، ولو كان كذلك تقبل بينة البائع على الفسخ، فكذلك هذا.

نوع آخر:

١٢٨٩١- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": رجل باع عبد رجل من رجل، ثم اختلف البائع والمشترى، فقال البائع: لم يأمرنى صاحب العبد بالبيع، وقال المشترى: لا، بل أمرك به، وادعى المشترى عدم الأمر، وادعى البائع الأمر، فالقول قول من يدعى الأمر؛ لأن دخولهما فى هذا العقد وهما عاقدان اعتراف منهما بصحته ونفاذه، والنفاذ فى ملك الغير لا يكون إلا بالأمر، فمن يدعى عدم الأمر يدعيه بعده الإقرار بالأمر، فيكون مناقضًا، فإن أقام المدعى بعد الأمر بينة أن صاحب العبد لم يأمره بالبيع، لم تقبل بينته؛ لأن هذه البينة قامت على النفى، ولأن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة، والدعوى ههنا لم تصح لمكان التناقض.

وكذلك لو أقام بينة على إقرار صاحبه أن صاحب العبد لم يأمره بالبيع، لاتقبل بينته؛ لأن الدعوى لم تصح على عدم أمره، فكذلك لو لم يكن له بينة، فأراد أن يحلف صاحبه على ما ادعى من عدم الأمر، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن الدعوى][1]، والاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة، وإن تصادق البائع والمشترى أن البيع كان بغير الأمر، فذلك منهما فسخ للعقد، والوكيل مع الموكل يفسخَان العقد، ويصح فسخهما.

بيانه: أن دخولهما فى هذا العقد اعتراف منهما بنفاذه، وإقرار بأمر صاحب العبد، واتفاقهما على عدم الأمر بعد ذلك يجعل اتفاقًا منهما على الفسخ، ولهما ولاية الفسخ، فيجعل ذلك فسخًا منهما على طريق الابتداء لا على طريق نفى العقد فى الأصل، وإنما يصح الفسخ عليهما لا على الموكل؛ لأن تصادقهما لايعمل فى حق الموكل، ويجعل فى حق الموكل هذا بيعًا مبتدأ، فإن حضر صاحب العبد، وصادقهما فيما ادعى لزمه الفسخ، وعاد العبد إلى قديم ملكه؛ لأن فسخهما إنما لم يعمل فى حق الموكل دفعًا للضرر عنه، وقد رضى بالضرر حتى صدقهما فيما زعما، وإن كذبهما فيما زعما، وقال: كنت أمرته، فالبيع ماضٍ فى حقه، والفسخ باطل فى حقه، صحيح فى حقهما، ويجعل فى حق الموكل كأن الوكيل اشتراه من المشترى، وهو نظير المشترى مع الوكيل إذا أقالا البيع، تعتبر الإقالة فسخًا فيما بينهما بيعًا مبتدأ

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فى حق الموكل، كذا ههنا، ثم يبطل الثمن عن المشترى عند أبى حنيفة [ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن الفسخ قد صح فيما بينهما، والفسخ يبطل الثمن عن المشترى؛ لأن الوكيل بالبيع يملك إسقاط الثمن عن المشترى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى][١] بالفسخ، كما يملك الإبراء، ويضمن للموكل مثله، كما فى الإبراء، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا يبطل الثمن عن المشترى؛ لأن عنده الوكيل بالبيع لا يملك إسقاط الثمن عن المشترى.

١٢٨٩٢- وفيه أيضًا: رجل فى يده مملوك لرجل، قال رجل لصاحب اليد: إن صاحب العبد أمرك أن تبيعه منى بكذا، فصدقه صاحب اليد، أو سكت، وباع منه العبد، وتقابضا، ثم حضر البائع عند القاضى، وقال: إن صاحب العبد قد حضر، وأنكر الآمر بالبيع، وأقام البينة على ذلك، وأراد [نقض البيع، أو أراد][٢] استحلاف المشترى على ذلك، فإن لم يكن له بينة، لا يلتفت إلى قوله؛ لأن هذه الدعوى منه لم تصح لمكان التناقض، والسعى فى نقض ما تم به، أما إذا صدقه المشترى فيما قال، فظاهر، وأما إذا سكت فلأنه إنما باعه بناء على ما ادعى من الأمر، فصار بمنزلة المقر بالأمر، ولم يذكر فى الكتاب أن صاحب اليد لو كذب فى دعوى الأمر، وباعه بعد ذلك، والصحيح أن الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا صدقه، وسكت؛ لأنه إنما باعه بناء على دعوى الأمر، فيتعلق به حق الغائب، فلايملك إبطاله، وإن حضر صاحب المملوك عند القاضى، وجحد الآمر بالبيع، ثم غاب وطلب البائع من القاضى نقض البيع، أجابه القاضى إلى ذلك؛ لأنه لما جحد الآمر عند القاضى، فقد ظهر عنده أن البائع كان فضوليًا، وأن العقد كان موقوفًا، والفضولى يملك نقض العقد الموقوف، ويكون فسخ القاضى إعانة له[٣]، لا أن يكون فسخًا على الحقيقة، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك القاضى لم يعاين جحود المالك، وإنما البائع يريد إثباته بالبينة بيمين المشترى، ولا بد لذلك من الدعوى الصحيحة، ودعوى البائع لم تصح، فإن طلب المشترى يمين المالك بالله ما أمره بالبيع، فالقاضى لا يؤخر النقض لذلك، ويقول له: أنقض البيع، ورد العبد على البائع، وانطلق واطلب يمين المالك؛ لأن حق النقض قد ثبت للحال بدليل وهو جحود المالك بالأمر؛ لأن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) وفى "م": إعانة له وقوى.

الشرع لما جعل القول قول المنكر، فقد جعله حجة، فيثبت به عدم الأمر من غير يمين، إذ اليمين شرع لنفى التهمة، لا لكونه حجة مثبتة، فهو معنى قولنا أن حق النقض قد ثبت للحال بدليل، فلا يجوز تأخيره لطلبه اليمين على ذلك.

١٢٨٩٣- ولو أن صاحب العبد لم يحضر، ولم يجحد الوكالة حتى مات، فورثه البائع، فقال: أن صاحب العبد لم يأمرنى بالبيع، لا يلتفت إليه؛ لأنه ساع فى نقض ماتم به، ولأنه متناقض.

فإن قيل: ينبغى أن يلتفت إليه من حيث إنه صار بمنزلة الميت، وقام مقامه، وفى هذا الوجه لا يتحقق التناقض، ألا ترى أن صاحب العبد لو كان حيًّا، فحضر، وجحد الوكالة، قبل ذلك منه، فهنا كذلك. قلنا: إنما لا يلتفت إلى قوله، إنما صار بمنزلة الميت، وقائمًا مقامه فى هذا العين، وشرط قيامه مقام الميت فى هذا العين بقاء هذا العين على ملكه، وذلك لا يثبت بمجرد قوله، فلهذا لا يلتفت إلى قوله وكذلك لو طلب يمين المشترى على ذلك، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن الدعوى لم تصح لما مرّ، وكذلك لو لم يمت رب العبد، وادعى البائع أنه جحد الأمر، ووهب هذا العبد منى، وسلمه إلى، وصار العبد لى، لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه يدعى بطلان بيع أقر بصحته، وتم بمباشرته، فصار مناقضًا ساعيًا فى نقض ما تم به، بيانه: أنه يدعى أن ذلك العقد كان موقوفًا، وأن العبد صار ملكًا لى بالهبة، فطرئ الملك البات على الملك الموقوف، فأوجب بطلان العقد الموقوف، فصار مدعيًا انتقاض ما تم به، وبمباشرته، فلم يصح ولو مات صاحب العبد، فورثه البائع، وأقام بينة؛ لأنه يثبت ببينته على إقرار المشترى ببطلان حقه، ولا يريد إبطال ما أوجبه، بل يقول: أوجبت البيع، وألزمت التسليم، إلا أن المشترى نقض، وأبطل ما أوجب له، فانعدم التناقض من جهة البائع، والمشترى فى دعوى النقض فى هذه الفصول بمنزلة البائع؛ لأنه أحد المتعاقدين، وإن حضر صاحب العبد[1]، وجحد الآمر، وأراد أخذ العبد من المشترى، كان له ذلك؛ لأن العبد كان مملوكًا له لو خرج عن ملكه إنما يخرج إذا حصل البيع من البائع بأمره، وقوله فى إنكار الأمر مقبول إذا لم يكن معه ما يجعله متناقضًا فى إنكار الآمر، فلم يثبت الأمر، فبقى العبد على ملكه كما كان، فكان له أن يأخذ العبد، وعليه اليمين إن طلب المشترى ذلك، لاحتمال النكول، وإن كان المشترى غائبًا، فلا سبيل له على العبد؛ لأن العبد فى يد المشترى حقيقة، وقد صار مملوكًا له ظاهرًا؛ لأنا حكمنا بصحة البيع ظاهرًا؛ لأنه إنما اشتراه بناء على ظاهر الوكالة، فلا بد من نقض العقد، وإبطال يد

(١) وفى "م": وإن لم يمت صاحب العبد بدلا من وإن حضر صاحب العبد.

المشترى، ليمكن المولى من أخذه، وفى ذلك قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز، ولكن للمولى أن يضمن البائع قيمة العبد؛ لأنه باعه بغير أمره، وسلمه بغير أمره، فصار غاصبًا، فوجب عليه قيمة العبد عند تعذر رد العبد، كما فى الغاصب إذا أبق المغصوب من يده، وللبائع أن يطلب يمين المولى بالله ما أمره بالبيع، لاحتمال النكول، فإن حلف أخذ قيمته، وإن نكل بطل ضمان القيمة؛ لأنه صار مقرًا.

١٢٨٩٤- وكذلك لو أقام البائع بينة على صاحب العبد فى هذه الصورة أنه أمره بالبيع، قبلت بينته؛ لأنه بهذه البينة يسقط الضمان عن نفسه، فكان خصمًا فيه، وإن لم توجد بينة على ذلك، وحلف الآمر، فحلف حتى ضمن قيمة العبد للآمر سلم العبد للمشترى، وكان الثمن للبائع؛ لأن البائع ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه باع ملك نفسه، وسلم ملك نفسه، ألا ترى أن الغاصب إذا باع المغصوب، ثم أدى الضمان، نفذ البيع، وسلم العبد للمشترى، كذا هذا.

فإن قيل: الملك بالضمان يستند إلى وقت وجوب الضمان، وسبب وجوب الضمان، وهو التسليم دون البيع، والبيع كان سابقًا على التسليم، فيستند(١) الملك إلى وقت البيع، فينبغى أن لا ينفذ البيع؟

قلنا: الرواية محفوظة فى المودع إذا باع الوديعة، وسلم، وضمن القيمة للمودع أنه ينفذ بيعه، وطريقه أنه وإن كان أمينا فى العين إلا أنه لما اشتغل بالبيع، وتهيأ لذلك، فقد صير القبض لنفسه، فيصير ضامنًا بالقبض السابق على البيع، فعند أداء الضمان يثبت الملك له من ذلك الوقت، فكان ثبوت الملك سابقًا على البيع والتسليم، فنفذ البيع، كذا هنا، ولو لم يحضر به العبد حتى مات، فورثه البائع، ورجل آخر نصفين، فأراد الوارث الآخر أن يأخذ نصف العبد، وجحد الآمر المورث، كان له ذلك؛ لأنه قام مقام المورث فى نصف العبد، ولو لم يسبق منه ما يجعله مناقضًا فى جحود الآمر، ولا ساعيًا فى نقض ما تم به، ولكن يحلف أولا بالله ما يعلم أن المورث أمر بالبيع أن طلب المشترى يمينه؛ لأنه قائم مقام المورث، ولو حضر المورث، وجحد الآمر، وطلب المشترى يمينه [أليس](٢) أنه يحلف، فكذلك ههنا، إلا أن المورث يحلف على البتات بالله ما أمرته بالبيع؛ لأنه يحلف على فعل نفسه، والوارث يحلف على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير، فإذا حلف إن نكل، صار مقرًا للآمر، فلا يكون له على العبد سبيل، ولكن يأخذ نصف الثمن، وإن حلف لم يصر مقرًا بالآمر، فكان له أن يأخذ

(١) وفى "م": فلم يستند.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

نصف العبد .

ولو أراد البائع أن ينقض البيع فى النصف الآخر ، ليس له ذلك ، لما قلنا : من التناقض ، والسعى فى نقض ما تم به ، فكان للمشترى الخيار فى النصف ، إن شاء أخذه بنصف الثمن(١) ، وإن شاء رده ؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه باستحقاق النصف ، ودخله عيب الشركة ، فكان له الخيار لهذا ، هذا الذى ذكرنا إذا اتفق البائع والمشترى يوم العقد : أن العبد لفلان ، فأما إذا لم يجر بينهما شيء من ذلك وقت العقد ، فقال البائع بعد بيع العبد كان لفلان : وقد بعتك بغير أمره ، وقال المشترى : ما أدرى لمن كان هو ، فالقاضى لا يلتفت إلى قول البائع ، ولا ينقض البيع بينهما ؛ لأن العقد قد صح من حيث الظاهر ، فيصير البائع بدعواه مناقضًا ساعيًا فى نقض ماتم به ، فلا يقبل ذلك منه ، وكذلك إذا حضر فلان المقر له ، وصدق البائع فيما أمر به(٢) ، وأراد أخذ العبد ، ليس له ذلك إلا ببينة يقيمها على ملكه ، أو يستحلف المشترى ، فيشكل ، بخلاف الوجه الأول ؛ لأن فى الوجه الأول البائع مع المشترى اتفقا على كون العبد ملكًا لفلان ، فجاز أن يعتبر قوله فى إنكار الآمر ، أما ههنا اتفقا على كون العبد ملكًا لفلان ، فلا يعتبر قوله فى إنكار الآمر لو اعتبر قوله ، إنما يعتبر فى دعوى الملك لنفسه ، ودعوى الإنسان الملك لنفسه من غير حجة مردود ، فإن لم يكن له بينة ، وحلف المشترى ، فنكل ، ودفع العبد إلى المقر له ، رجع المشترى بالثمن على البائع ؛ لأن البائع كان مقرًا بأن المبيع ملك المستحق ، وقد رجع المشترى إلى تصديقه بحكم النكول القائم مقام الأب ، فظهر أن البائع أخذ ما أخذ من الثمن بغير حق ، فكان للمشترى حق الرجوع عليه بالثمن ، وإن لم يحضر المقر له حتى مات ، فورثه البائع أن البائع أقام بينة أن العبد كان ملك الميت ، وقد بعته بغير أمره ، ثم مات العبد(٣) ، وانتقض البيع لطريان الملك النافذ بحكم الإرث على الملك الموقوف ، فالقاضى لايقبل بينته ، ولو أراد أن يحلف المشترى على ذلك ، لايحلف ؛ لأن الدعوى منه لم تصح لمكان التناقض ، والسعى فى نقض ما تم به ، فلا يترتب عليه سماع البينة والتحليف ، وإن مات المقر له ، وورثه البائع ورجل آخر ، فأقام الوارث الآخر بينة أن العبد كان لفلان الميت ، مات وترك ميراثًا بينى وبين البائع(٤) ،

---

(١) هكذا فى "م" ، وكان فى النسخ البواقى التى عندنا : الدين .

(٢) وفى "م" : فيما أقر به .

(٣) وفى "م" : ثم مات البائع .

(٤) هكذا فى "م" ، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا : وارثه بدلا من البائع .

وأنه باع بغير أمره، وصحح الميراث عنه، قبل ذلك لعدم التناقض، يقضى له بنصف العبد، ولا يقضى بنصف البائع؛ لأنه لو قضى به البائع، والبائع لايصلح خصمًا فى ذلك، ودعواه فيه فاسد، فكيف يصح القضاء به للبائع، والبائع لا يصلح خصمًا فيها، ثم سأل القاضى المشترى العبد، كان ثمن فإن قال: كان للميت، وقد كان أمر البائع بالبيع، فالقاضى لا يقضى بالبيع فى النصف الباقى؛ لأن المشترى مع البائع تصادقا أن العبد كان للميت، وأن البيع حصل بأمر المشترى يقر بالأمر صريحًا، والبائع يقر بذلك مقتضى الإقدام على البيع، فإن إقدامه على البيع دليل صحة البيع، ولا يصح البيع فى ملك الغير إلا بإذنه، فقد تصادقا على الأمر، وعلى صحة البيع، ولكن تصادقهما يعمل فى حقهما، ولايعمل فى حق الوارث الآخر، فكان للوارث الآخر أن يأخذ نصيبه، وبقى البيع فى نصيب البائع كما كان، فلا ينقض البيع فى نصيب البائع لحقه، ولكن لو أراد المشترى أن ينقض البيع فيه لتفرق الصفقة عليه، ولدخول عيب الشركة فيه، كان له ذلك.

وإن أقال[1] المشترى البيع، كان للبائع لا يسلم له شىء من العبد، ونقض البيع فى كل العبد؛ لأن الملك يثبت للميت فى جميع العبد بإقامة الوارث الآخر البينة على ذلك؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فيما يدعى للميت، وصار البائع مستحقًا عليه بزعمه المشترى، والشراء من المستحق عليه باطل، فلهذا قال: نقض البيع فى الكل.

قال: ولو لم يمت رب العبد، ولكن أقال، ثم أمر البائع بالبيع، وشهد على ذلك شهود لو كان ذلك فى غير مجلس القضاء، ووكل البائع بخصومة المشترى فى ذلك لم يكن البائع وكيلا؛ لأنه يصير ساعيًا فى نقض ما تم به، إذ جحود صاحب العبد فى غير مجلس القضاء غير معتبر، فلا يصح ذلك منه، واستشهد فى الكتاب لبيان أن السعى فى نقض ما تم به من جهته مردود، فقال: ألا ترى أن بائع الدار لو كان شفيع الدار، وأراد أن يأخذها بالشفعة، ليس له ذلك، وذلك لأجل أن سلم الشفعة مباشرة العبد بدليل أن المشترى إذا كان شفيعًا كان حق الأخذ، وإن كان باشر العقد، ولكن إنما كان ذلك؛ لأن البائع ساع فى نقض ماتم به، والمشترى ليس بساعى فى نقض ما تم به.

قال فى الكتاب أيضًا: ألا ترى أن البائع لا يصح وكيلا عن الشفيع فى طلب الشفعة، وإنما لم يصح لما قلنا، وهو السعى فى نقض ما تم به -والله أعلم-.

(١) هكذا فى الأصل والنسخة "ف"، وكان فى النسخة "م": وإن قال للعبد: كان للبائع لا يسلم له.

نوع منه:

١٢٨٩٥- رجل اشترى من رجل طيلسانًا بألف درهم، وتقابضا، ثم ادعى المشترى أن الطيلسان كان لأبيه يوم اشترى، فإن أباه مات أمس، وتركه ميراثًا له، لا وارث له غيره، وأراد الرجوع على البائع بالثمن، لم يسمع دعواه، ولو أقام على ذلك بينة، لم تقبل بينته؛ لأنه بالإقدام على الشراء كان مقرًا بالملك للبائع على رواية "الجامع"، وعلى رواية "الزيادات"[١]: صار مقرًا بصحة الشراء، وعلى الروايات كلها، فبدعواه ملكًا الأب[٢] والإرث من جهته يصير متناقضًا ساعيًا فى نقض ما تم به، فلا يصح دعواه، ولا تقبل بينته، ولو كان الأب حيًا، وادعى الطيلسان لنفسه، وأقام على ذلك بينة، صح دعواه، وقبلت بينته [ويرجع المشترى بالثمن على البائع بعدم سلامة المبيع له من جهة البائع، فإن مات الأب][٣] بعد ذلك، فورث الابن الطيلسان، سلم له، ولم يكن للبائع على الطيلسان سبيل.

أما على رواية "الجامع": فلأنه وإن صار مقرًا بملك الطيلسان للبائع، ولكن إقراره حصل فى ضمن الشراء، وقد بطل الشراء بالقضاء بالطيلسان للأب، فبطل الإقرار الحاصل فى ضمنه، وعلى رواية "الزيادات": المشترى صار مقرًا بصحة الشراء، لا بملكية الطيلسان للبائع، إلا أن القاضى لما قضى بالطيلسان للأب، تبين أن الشراء لم يكن صحيحًا، وأنه لم يكن له حق البيع، فصار مكذبًا فى إقراره، فالتحق بالعدم، وكذلك لو قضى القاضى بالملك للأب، فلم يقبضه الأب حتى مات، فورثه الابن، كان الطيلسان له ميراثًا؛ لأن الملك قد تقرر للأب بقضاء القاضى، فلا يبطل بالموت، وإن كان القاضى لم يقض للأب بالطيلسان حتى مات، بطلت البينة، ولم يكن له على البائع سبيل؛ لأن دوامه الخصومة إلى وقت القضاء شرط صحة القضاء، وقد انقطعت خصومة الأب بالموت، والابن لا يصلح خصمًا لكونه متناقضًا، فإن كان الأب قد ترك ابنًا آخر غير هذا المشترى، كان هو على حجته، يعنى فى البينة التى أقامها الأب، أو فى البينة التى يقيمها بنفسه؛ لأنه لم يسبق منه ولا من ابنه ما يوجب المناقضة، ولكن القاضى إنما قضى بنصف الطيلسان، وذلك حصته، وكان ينبغى أن يقضى بكل الطيلسان؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فى جميع ما يدعى له، كما ينتصب

---

(١) وفى النسخة "م": على رواية "الجامع الصغير": وبولاية البيع على رواية "الزيادات"، وصار مقرًا.

(٢) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى النسخ التى الباقية التى عندنا: للأب بدلا من ملك الأب.

(٣) هكذا فى النسخة "م".

خصمًا عنه فى جميع ما يدعيه عليه، ولو كان الميت حيًا، أليس أنه يقضى له بكل الطيلسان، كذا ههنا.

والجواب: أن القضاء يقع للوارث من وجه أن الملك فى العين يثبت للوارث، ويقع للمورث من وجه[١]، فمن حيث إنه يقع للمورث، يصلح لابن الآخر خصمًا فى النصف الآخر، ومن حيث إنه يقع للوارث، ففى نصيب الصلح يصير خصمًا، إذ لا مناقضة فيه، وفى نصيب الابن المشترى يكون نائبًا عنه، فلا يصلح خصمًا، كما لو كان الابن المشترى [حاضرًا، ولو كان حاضرًا بنفسه، لا تسمع خصومته، فكذلك ههنا، فامتنع القضاء به، ثم إذا قضى القاضى بالنصف من ابن الآخر، فابن المشترى][٢] بالخيار فى النصف الباقى؛ لأن بعض المبيع استحق من يده، فإن اختار إمساكه لزمه نصف الثمن، وإن اختار رده، لا يلزمه شىء، ولو كان المشترى أقرّ عند البائع صريحًا أن الطيلسان للبائع، ثم اشتراه منه، ثم استحق الطيلسان منه والد المشترى، وقضى القاضى له بالطيلسان، ثم مات الوالد، فورث الابن الطيلسان منه، فهذا على وجهين: إن لم يرجع المشترى بالثمن على البائع، سلم الطيلسان للمشترى، ولا رجوع له بالثمن على البائع؛ لأن المشترى لما أقرّ بالملك للبائع صريحًا، فقد أقرّ أن البيع كان صحيحًا، فهذا الإقرار منه لا يبطل فى حقه بقضاء القاضى؛ لأن فى زعمه أن الشهود شهدوا بزور، وأن القاضى أخطأ فى قضاءه، فحين مات الأب، سلم الطيلسان له بجهة البيع، لا بجهة الإرث، فلايكون له حق الرجوع على المشترى بالثمن، بخلاف الوجه الأول، وهو ما إذا لم يكن أقر الابن المشترى بالملك للبائع صريحًا؛ لأن الإقرار هناك ثبت فى ضمن الشراء، وقد بطل الشراء بقضاء القاضى، فبطل ما يثبت فى ضمنه، فسلم الطيلسان للابن بحكم الإرث، لا بحكم البيع، فكان له أن يرجع بالثمن على بائعه، وإن كان الابن قد رجع على البائع بالثمن قبل موت المورث، ثم مات الأب، وورث الابن الطيلسان، ليس له ذلك، ويرد الثمن على البائع؛ لأن البائع مع المشترى، وإن تصادقا أن البيع قد صح، وإن القاضى أخطأ فى قضاءه إلا أن المشترى لما رجع على البائع بالثمن، فقد رضى بانفساخ البيع، وانفسخ العقد فى حقه، فلا يكون له أن يلزم البائع البيع، وقد انفسخ العقد فى حقه، ولكن البائع بالخيار، إن شاء استرد الطيلسان، وترك الثمن فى يد المشترى؛ لأن البيع لم ينفسخ فى حق البائع برجوع

---

(١) وفى "م": ويقع للمورث من وجه من حيث إن أصل الاستحقاق له، فمن حيث إنه يقع للوارث يصير هو خصمًا عمن لو خاصم بنفسه لا تسمع خصوصمته، فامتنع القضاء به.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

المشترى عليه بالثمن؛ لأنه لم يكن راضيا بالفسخ، ألا ترى أنه لو احتيج فيه إلى قضاء القاضى، بل توقف على إجازته، فإن شاء أجاز الفسخ، وأخذ الطيلسان، وترك الثمن على المشترى، وإن شاء أبطل الفسخ، وترك الطيلسان على المشترى، فاسترد الثمن.

قيل: هذا على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن قضاء القاضى بالفسخ لم ينفذ باطنًا عنده، وكان للبائع الخيار، إن شاء أمضى الفسخ، وإن شاء أبطله، فأما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وأبى يوسف رحمه الله تعالى الآخر، فقضاء القاضى بالفسخ نفذ باطنًا، فلا يكون للبائع الخيار، فيأخذ الطيلسان من المشترى، ويترك الثمن عليه، وإن كان الرجوع بالثمن بغير قضاء القاضى، فالثمن يسلم للمشترى، ويؤمر برد الطيلسان على البائع؛ لأن العقد قد انفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فيسلم الثمن للمشترى، ويؤمر المشترى برد الطيلسان على البائع؛ لأن][1] المشترى قد كان أقر صريحًا أن الطيلسان للبائع، لم يبطل هذا الإقرار فى حقه، فيؤمر بتسليم الطيلسان إليه -والله أعلم-.

نوع آخر
فيه من المسائل المتفرقة:

١٢٨٩٦- قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: رجل ادعى عبدًا فى يدى رجل أنك بعتنى هذا العبد، ونقدتك الثمن، وهو ألف درهم، وجحد البائع البيع، وقبض الثمن، فشهد الشاهدان على إقراره بالبيع، وقبض الثمن.

وقالا: لانعرف العبد، ولكنه قال: أن عبدى زيد، وشهد آخر أن هذا العبد اسمه زيد، أو شهدا على إقرار البائع أن هذا العبد اسمه زيد، فالبيع لا يتم بهذه الشهادة، ويحلف البائع، فإن حلف رد الثمن، وإن نكل عن اليمين، لزمه البيع بنكوله، وإن شهد شاهدا البيع أنه باع عبد زيد المولد ونسبه إلى شىء يعرف من عمل، أو صناعة، أو حلية، وكذلك العبد، فهذا والأول سواء فى القياس، إلا أنى أستحسن إن نسبوه إلى أمر معروف إن أخبره، وكذلك الأمة.

١٢٨٩٧- وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن اشترى من آخر أرضًا على أنها جريبان، وامتنع المشترى عند نقد الثمن لعله أنه أنقص، والبائع يقول: بعتها كما هى، فإن القول قول البائع مع يمينه فيما أمكن من شرط الجريبين، معنى المسألة أن المشترى قال: اشتريتها

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و "م".

على أنها جريبان، وأنكر البائع شرط الجريبين، فالقول قول البائع، فإن حلف، أخذ تمام الثمن، وإن نكل، وقامت البينة للمشترى على شرط الجريبين، قال بعد هذا: القول قول المشترى فيما أنكر من الجريبين، معناه القول قول المشترى مع اليمين أنها ليست جريبين، فإن حلف، فله ردها، وليس للمشترى أن يتربص أى يمسح، بل ينقد تمام الثمن.

١٢٨٩٨- وإذا حلف البائع والمشترى، فادعى المشترى بيعًا باتًا، والبائع يدعى بيع الوفاء، فالقول قول البائع؛ لأن المشترى يدعى زوال ملك البائع عنه، وهو منكر، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدعى الوفاء؛ لأنها أكثر إثباتًا؛ لأنه خلاف الظاهر فى البياعات.

فإن قيل: أليس أن بيع الوفاء اعتبر فى الحكم رهنًا، وفى الاختلاف فى الرهن والبيع، البيع أولى؛ لأنه يزيل الملك، فكانت البينة عليه أكثر إثباتًا؟

قلنا: ليس هذا رهنًا، بل له حكم الرهن بعد ثبوته، فلا بد من اعتبار ظاهر الكلام أولا، وكلاهما بيع، وأحدهما ظاهر، والآخر خلاف الظاهر، فكان فيه زيادة، فكان أولى، وكذلك إذا ادعى أحدهما البيع والصلح عن غير طوع، وادعى الآخر عن طوع، فأقاما البينة على ما ادعيا، فبينة مدعى المكره أولى، وكذلك إذا ادعى أحدهما إقرارًا بدين كذا طائعًا، والآخر يدعى على إكراه، كانت البينة بينة من يدعى الإكراه، والقول فى هذه المسائل قول من يدعى الطوع، ذكر هذه المسائل فى "مجموع النوازل"، وقد تقدم فى مسألة بيع الوفاء أن القول قول من يدعى الوفاء، وهو البائع، وقد ذكر جنس هذه المسائل قبل هذا فى فصل الاختلاف الواقع بين المتعاقدين -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثانى والعشرون
فى السلم

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه
فى بيان شرائط بيع السلم:

١٢٨٩٩- فنقول: السلم له شرائط كثيرة: أحدها: بيان جنس المسلم فيه، كقولنا: تمر جيد، أو ردىء، والثانى: بيان نوعه، كقولنا: فارسى، أو ما أشبه ذلك، والثالث: بيان صفته، كقولنا: جيد أو ردىء، والرابع: بيان قدره فى المكيلات بالكيل، والموزونات بالوزن، والمعدودات بالعدد؛ لأن بدون بيان هذه الأشياء يقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم، أما إذا لم يبينا الجنس، فلأن المسلم فيه أجناس مختلفة، فالمسلم إليه ربما يعطى جنسًا، ورب السلم يطالبه بجنس آخر، وليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر؛ لأنهما متعاوضان، وقضية المعاوضة التساوى، وأما إذا لم يبينا [النوع والصفة، فلأن المسلم فيه يختلف باختلاف النوع والصفة، فتعين كل واحد منهما نوعًا آخر، وصفة آخر، وأما إذا لم يعينا][1] المقدار، فلأن كل واحد منهما يعين المقدار غير ما يعين صاحبه، وينبغى أن يعين مقداره بمعيار يؤمن فقده من أيدى الناس، ولو علم قدره بمكيال بعينه، نحو أن يقول: بهذه الإناء بعينه، وبهذا الزنبيل، أو بوزن هذا الحجر، لا يجوز إذا كان لايعرف كم يسع فى الإناء، ولا يعرف وزن الحجر، وبيع العين بخلاف بيع السلم[2]، هذا فى المشهور، فإن من قال لغيره: بعت منك هذه الصبرة بهذا الزنبيل، أو بوزن هذا الحجر، جاز فى المشهور من الرواية؛ لأن التسليم فى باب السلم لا يعقب العقد، وإنما يكون بعد حلول الأجل من الجائز أن يهلك ذلك الإناء والحجر قبل حلول الأجل، فلا يدرى كم يجب تسليمه، وأما فى بيع العين التسليم يعقب العقد، وأنه لا يهلك فى هذه الساعة اللطيفة غالبًا، فلا يتمكن الجهالة، وكذا فى الذرعيّات ينبغى أن يعلم قدره بذرع يؤمن فقده من أيدى الناس، وإن أعلمه بخشبة بعينها، ولا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ف" و "م" و "ظ".

(٢) وفى "م": بيع العين.

يدرى كم هى، أو بذراع يده، أو يد فلان، لا يجوز.

الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه مؤجلا بأجل معلوم، حتى إن سلم الحال لا يجوز، وهذا مذهبنا.

وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه: الأجل ليس بشرط، لجواز السلم، والصحيح مذهبنا؛ لأن جواز السلم عرف بخلاف القياس بالنص، والنص جوزه بشرط الأجل، قال عليه الصلاة والسلام: «من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[١].

١٢٩٠٠- واختلفت الروايات فى أدنى الأجل الذى لا يجوز السلم بدونه، ذكر ابن أبى عمرو أن البغدادى أستاذ البخارى قال: إنه مقدر بثلاثة أيام فصاعدًا، وقال: وهو قول أصحابنا رحمهم الله تعالى.

وعن أبى الحسن الكرخى: أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس فى تأجيل مثله، فإن كان شرط[٢] أجلا يؤجل لمثله فى العرف والعادة يجوز السلم، وما لا فلا.

وعن أبى بكر الرازى أنه قال: أقل مقدار يتعلق به جواز السلم أن يكون زائدًا على مجلس العقد، ولو بساعة، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه قدر أدناه بالشهر فصاعدًا، وعليه الفتوى.

١٢٩٠١- الشرط السادس: أن يكون المسلم فيه موجودًا من وقت العقد إلى وقت محل الأجل [حتى إن السلم فى المنقطع لا يجوز، وهذا مذهبنا، وقال الشافعى: الشرط وجوده وقت محل الأجل][٣] لا غير، والصحيح مذهبنا؛ لأنه أسلم فيما هو معجوز التسليم فى

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٢١٢٥): باب السلم فى وزن معلوم، والإمام مسلم فى "صحيحه" (١٦٠٤) أيضًا: فى باب السلم، والترمذى فى "سننه" (١٣١١): باب ما جاء فى السلف فى الطعام والتمر، والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٨٦٣): باب جواز السلف المضمون بالصفة، وأبو داود فى "سننه" (٣٤٦٣): باب السلف، والدارقطنى (٤): كتاب البيوع، والنسائى فى "سننه" (٤٦١٦): باب السلف فى الثمار، وابن ماجه فى "سننه" (٢٢٨٠): باب السلف فى كيل معلوم، والطبرانى فى "الكبير" (١١٢٦٣-١١٢٦٤)، وكلهم بلفظ "من أسلف فليسلف"، وقد ذكر باللفظ المذكور ابن عبد البر فى "التمهيد" (٤/ ٦٣)، وابن حجر فى "فتح البارى" (٤/ ٤٣٤)، والزرقانى فى "شرحه" (٣/ ٤٢٦)، وابن حجر فى "الدراية" (٨٠١).

(٢) وفى "م": فإن كان قدر ما أجل أجلا يؤجل بمثله.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الحال، فلا يجوز كما لو جعل محل الأجل قبل إدراك المسلم فيه.

بيانه: أن العجز ثابت فى الحال لو ارتفع العجز إنما يرتفع بسبب قيام الأجل إلى وقت الإدراك، ألا يرى لو جعل محل الأجل قبل ذلك لا يجوز، قلنا: وقيام الأجل إلى وقت الإدراك ثابت باستصحاب الحال، لا بدليل يوجب بقاءه بيقين، لجواز أنه يسقط قبل ذلك إما بإسقاط من له الأجل، أو بموته، واستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان ثابتًا، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه يمكن أن يقبل السلم فى [غير](١) المنقطع، وإذا لم يثبت القدرة بسبب قيام الأجل الثابت باستصحاب الحال، حصل السلم فى معجوز التسليم للحال وفى الثانى، وليس كما لو كان موجودًا وقت العقد؛ لأن القدرة ثابتة فى الحال بيقين لوجوده فى أيدى الناس، فجاز العقد لثبوت القدرة فى الحال، ولم يمتنع الجواز، لتوهم زوالها بعارض يستمر إذا كان المسلم فيه موجودًا من وقت العقد إلى وقت محل الأجل، حتى جاز السلم، فلم يأخذ رب السلم محل الأجل حتى انقطع، فصاحب السلم بالخيار، إن شاء فسخ العقد، وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر وجوده؛ لأن العقد وقع صحيحًا، وقد عجز المسلم إليه عن تسليم المعقود عليه، فكان لرب السلم أن يفسخ العقد، ويرجع برأس ماله، وحد الانقطاع ما ذكر الفقيه أبوبكر البلخى رحمه الله تعالى أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه، وإن كان يوجد فى البيوت الذى لا يباع فيه.

الشرط السابع: أن يكون المسلم فيه شيئًا يتعين بالتعيين حتى لا يجوز السلم فى الأثمان، نحو الدراهم المضروبة، والدنانير المضروبة؛ لأن المسلم فيه يجب أن يكون مبيعًا؛ لأن السلم شرع بطريق الرخصة، والرخصة باستباحة المحظور مع قيام الحاظر، فاستباحة الشىء مع قيام الحاظر بخلاف القياس، فالتنصيص على الرخصة فى السلم تنصيص على أن السلم يجوز بخلاف القياس، وإنما يكون جواز السلم بخلاف القياس إن كان المسلم فيه مبيعًا، فأما إذا كان ثمنًا، كان جوازه على موافقة القياس؛ لأن البيع بالثمن، والثمن ليس فى ملكه جائز قياسًا واستحسانًا، وهل يجوز السلم فى التبر، على رواية كتاب الصرف لا يجوز؛ لأن على رواية كتاب الصرف التبر ثمن، وعلى رواية كتاب الشركة يجوز؛ لأن على رواية كتاب الشركة التبر مبيع.

الشرط الثامن: أن يكون المسلم فيه من الأجناس الأربعة من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والذرعيات، حتى لا يجوز السلم فى الحيوان، هذا مذهبنا، وإنما كان

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه الكلمة من "م".

كذلك؛ لأن الحيوان متفاوت فى نفسه، فإنك تجد حيوانين متفقين فى الجنس والصفة والنوع، ثم يختلفان فى القيمة اختلافًا فاحشًا لتفاوت بينهما فى المعانى الباطنة من الهملجة وحسن التيسير، وما أشبه ذلك، ولهذا لايضمن بالحيوان فى الإتلاف بمثله، وما كان بهذه الصفة لايجب دينًا فى الذمة بدلا عما هو مال، إما لأنه يفضى إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، أو لأن الواجب فى الذمة يفضى بالمثل بلا زيادة ونقصان، كضمان الإتلاف، وإذا كان المماثلة شرطًا بين الواجب والمؤدى، وإنها لا توجد فى الحيوان أدى إلى الربا، إلى هذا أشار عمر رضى الله تعالى عنه [فى قوله: إن من الربا أبوابًا لا يكدر][1] بحقين على أحد منهم التسليم فى السن، أى[2] السلم فى الحيوان، فقد جعل السلم فى الحيوان من الربا، وإنما يتحقق الربا فى السلم فى الحيوان من الوجه الذى قلنا، كان القياس أن لا يجوز السلم فى الثياب أيضًا؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال، فيؤدى إلى الربا أيضًا على نحو ما بينا فى الحيوان، لكن تركنا القياس ثمه بحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما، فإنه سئل عن السلم فى الكرابيس، فقال: لا بأس به إذا كان ضربًا معلومًا إلى أجل معلوم، والنص الوارد فى الثياب بخلاف القياس لايكون واردًا فى الحيوان؛ لأن فى الحيوان نصًا آخر بخلاف، وهو حديث عمر رضى الله تعالى عنه.

الشرط التاسع: بيان مكان الإيفاء إذا كان المسلم فيه شيئًا له حمل ومؤنة، كالحنطة وغير ذلك، وهذا قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه آخرًا، وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى أولا يقول بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ولكن إن بينا مكان الإيفاء يتعين ذلك المكان للإيفاء، وإن لم يبينا مكانًا يتعين مكان العقد للإيفاء، وهو قولهما، وعلى قوله الآخر: إذا لم يبينا مكانًا للإيفاء، لا يتعين مكان العقد للإيفاء، بل بقى مكان الإيفاء مجهولا.

وأجمعوا على أن مكان العقد يتعين لإيفاء رأس المال، وأجمعوا على أن فى بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا فى مجلس العقد يتعين مكان العقد لإيفاء المبيع، وأجمعوا على أن مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعين للإيفاء، وعلى هذا الخلاف إذا باع عبدًا حاضرًا بكر حنطة دينًا فى الذمة إلى أجل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى آخرًا يشترط بيان مكان الإيفاء للحنطة، هو الصحيح، وعندهما يتعين مكان العقد للإيفاء، وعلى هذا الخلاف إذا قسم

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": فى قبوله، فإن الربا جوابًا لا يكذب بحقين.

(٢) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": أن.

الرجلان داراً على أن يرد أحدهما كرا مؤجلا في الذمة على صاحبه، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه آخرًا يشترط بيان مكان الإيفاء للحنطة لصحة القسمة، هو الصحيح، وما ذكر في كتاب القسمة محمول على قوله الأول، وعندهما يتعين مكان القسمة لإيفاء الحنطة.

وعلى هذا الخلاف إذا أجر داره بما له حمل ومؤنة، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه آخرًا يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة الإجارة، وعندهما يتعين مكان الدار للإيفاء.

وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في المسألة أن سبب التزام الكر السلم، فيتعين مكان السلم للإيفاء كما في الغصب والقرض، وما أشبه ذلك، وهذا لأن العقد عقد معاوضة، والمعاوضة تقتضي التساوي، فإذا وجب تسليم أحد البدلين، وهو رأس المال في مكان العقد[يجب تسليم البدل الآخر فيه تحقيقًا للتساوي، ألا ترى أن في بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا في مكان العقد][1] حتى وجب تسليم المبيع في مكان العقد، فيجب تسليم الثمن في مكان العقد، وإذا كان غائبًا عن مكان العقد حتى وجب تسليمه في المكان الذي فيه، يجب تسليم الثمن في ذلك المكان، يستوي حكم البدلين كذا ههنا، وإذا تعين مكان العقد للإيفاء، كان مكان الإيفاء معلومًا، ولو فسد العقد ههنا، فسد لجهالة مكان الإيفاء.

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إن مكان العقد لو تعين مكان للإيفاء: إما تعين نصًّا بالعقد، أو ضرورة، لا وجه إلى الأول؛ لأن العقد لا يتعرض للمكان أصلا من حيث النص، لا وجه إلى الثاني؛ لأن الضرورة إنما تتحقق إذا وجب تسليم المعقود عليه عقيب العقد حتى يصير مطالبًا بالتسليم عقيب العقد، فيتعين مكان العقد للإيفاء ضرورة، وجوب التسليم عليه في مكان العقد، وفي هذه المسائل التي ذكرناها، لم يجب تسليم المعقود عليه عقيب العقد، فلم يصر مطالبًا بالتسليم في مكان العقد فلا يتعين مكان العقد للإيفاء، وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء، ولم يُعَيّنا مكانًا آخر، يبقى مكان الإيفاء مجهولا، وأنه يفسد العقد فيما له حمل ومؤنة لمكان المنازعة، وأما إذا كان المسلم فيه شيئًا ليس له حمل ومؤنة، لايشترط بيان مكان الإيفاء بالإجماع، وهل يتعين مكان العقد للإيفاء، ذكر في بيوع "الأصل"، وفي "الجامع الصغير": ما يدل على أنه لا يتعين عندهم جميعًا، وذكر في كتاب الإجارات: ما يدل على أنه لا يتعين عندهم جميعًا، وإن بينا مكانًا آخر للإيفاء فيما ليس له حمل ومؤنة، هل يتعين ذلك المكان للإيفاء، وذكر في كتاب الإجارات أنه لا يتعين، وذكر الطحاوي أنه يتعين، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في "الأصل".

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشرط العاشر: قبض رأس المال في المجلس، سواء كان رأس المال شيئًا يتعين بالتعيين أو لا يتعين، إنما كان كذلك لأن السلم عقد جوز بخلاف القياس لحاجة المفاليس إلى رأس المال، فإذا افترقا من غير قبض رأس المال، تبين أنه لا حاجة، فيعمل فيه بالقياس، فقد ذكر قبض رأس المال في المجلس، وقبض رأس المال في المجلس، ليس بشرط لا محالة، وإنما الشرط القبض قبل افتراقهما بالأبدان، ألا ترى إلى ما ذكر في "النوادر": ولو تعاقدا عقد السلم، ومشى ميلا أو أكثر، ولم يغب أحدهما عن صاحبه، ثم قبض رأس المال، فافترقا [جاز][1].

وفي "النوادر" أيضًا: لو ناما أو نام أحدهما لم يكن ذلك فرقة، وفيه أيضًا لو أبى المسلم إليه قبض رأس المال في المجلس، أجبر عليه.

الشرط الحادي عشر: إعلام قدر رأس المال في المقدرات، نحو المكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة، وإن كان مشارًا إليه في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إعلان القدر بعد أن كان مشارًا إليه ليس بشرط حتى إن من قال لغيره: أسلمت إليك هذه [الدراهم في كر حنطة، ولا يعرف وزن الدراهم، أو قال: أسلمت إليك هذه][2] الحنطة في كذا من الزعفران، ولا يعرف قدر الحنطة، لا يجوز على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وأجمعوا على أن رأس المال إذا كان شيئًا ذرعيًا، أو حيوانًا، أو شيئًا من العدديات المتقاربة أنه يصير معلومًا بالتعيين والإشارة، وأجمعوا على أن في بيع العين بالثمن يصير معلومًا بالإشارة إليه والتعيين، ولا يحتاج إلى إعلام قدره.

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: بأن الدراهم قد ما تخلو عن الزيف، وقد يرد الاستحقاق على بعضها، فإذا رد الزيف، ولم يستبدل في المجلس، أو استحق البعض ينفسخ العقد بقدره، فإذا لم يعلم مقداره لا يدرى في أي قدر يبقى العقد، وفي أي قدر ينفسخ أكثر ما في الباب أن هذه أمور موهومة إلا أن الأصل في المسلم عدم الجواز، وإنما جوزوا إذا وقع الأمن من الغرر من كل وجه بإعلام قدر رأس المال، وبه فارق ما إذا كان رأس المال ثوبًا بعينه، حيث لا يشرط بيان ذرعانه؛ لأن الذرعان في الثياب يجري مجرى الوصف، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه الكلمة من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

١٢٩٠٢- ويبتنى على هذه المسألة: إذا أسلم عشرة دراهم فى شيئين، ولم يبين حصة كل واحد منهما، إن كانا مختلفى الجنس، بأن أسلم فى هروى، أو مروىّ، وأسلم فى حنطة وشعير، أو كانا متفقى الجنس مختلفى الصفة، بأن أسلم فى هروى، تبين أحدهما جيد، والآخر ردىء، لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ما لم يبين حصة كل واحد منهما.

وإن كانا متفقى الجنس والصفة، بأن أسلم فى هرويين جيدين، القياس على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن يشترط بيان حصة كل واحد منهما، وفى الاستحسان لا يشترط [وفى كرى حنطة متفقى الصفقة، أو كرى شعير متفقى الصفقة لا يشترط][1] بيان حصة كل واحد منهما بالإجماع، قياسًا واستحسانًا.

١٢٩٠٣- الشرط الثانى عشر: أن يكون رأس المال منقدة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى عنه يعنى سره كرده، خلافًا لهما؛ لأن ترك الانتقاد يؤدى إلى فساد السلم على ما عليه غالب دراهم الناس، فإنه لا يخلو عن الزيوف، فمتى لم ينقده ربما يجد أكثره زيوفًا، فيرده، ويفسد السلم فى قدر المردود، واستبدل مثله جيادًا فى مجالس الرد، أو لم يستبدل، والاحتراز عن هذا الفساد ممكن ممن لا يعتاد، فيكون شرطًا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٢٩٠٤- الشرط الثالث عشر: أن يكون عقد السلم مما لا خيار فيه، فإذا عقد عقد السلم بشرط الخيار لهما أو لأحدهما، فالسلم فاسد، إلا إذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق بالأبدان، ورأس المال قائم فى يد المسلم إليه، فحينئذٍ ينقلب العقد جائزًا، ولو كان رأس المال هالكًا فى يد المسلم إليه وقت إبطال الخيار، لاينقلب العقد إلى الجواز.

الشرط الرابع عشر: أن يكون ما جعل مسلمًا فيه مضبوطًا بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف لذوات الأمثال حتى قالوا: ما كان مضبوطًا بوصفه معلومًا بقدره، موجودًا من وقت عقده إلى وقت أجله، يجوز السلم فيه، وما لا فلا.

نوع آخر

فى بيان ما يجوز السلم فيه، وما لا يجوز:

١٢٩٠٥- إذا أسلم ثوبًا هرويًا فى ثوب هروى، لا يجوز، وإذا أسلم قفيز حنطة فى قفيز شعير لا يجوز أيضًا، والأصل فى جنس هذه المسائل معرفة علة الحرمة فى ربا النقد، وفى ربا النسأ، فنقول [ربا النقد يحرم بوصفين، وهو القدر والجنس، ويعنى بالقدر الكيل فى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسختى "م" و"ظ".

المكيل والوزن فى الموزون، و[(١) ربا النسأ يحرم بأحد وصفى علة ربا النقد، وهو الجنس فى مثمنين، أو ثمنين، فإذا أسلم ثوبًا هرويًا فى ثوب هروى، والوزن المكيل فى ثمنين، أو مثمنين، حتى إنه إذا أسلم قفيز حنطة فى قفيز شعير، لا يجوز لوجود الكيل فى مثمنين، وكذلك إذا أسلم الدراهم فى الذهب، لا يجوز لوجود الوزن فى الثمنين.

١٢٩٠٦- وإذا أسلم الحديد فى الزعفران، لا يجوز؛ لوجود الوزن فى المثمنين، وإذا أسلم الدراهم فى الزعفران، يجوز؛ لأنه لم يوجد الوزن فى ثمنين أو مثمنين، إنما وجد فى ثمن ومثمن، ولا بأس بأن يسلم الفلوس فى الحديد والرصاص، وما أشبهه؛ لأنه لم يجمعهما أحد وصفى علة ربا النقد، وهو الوزن أو الجنس.

١٢٩٠٧- وإذا أسلم الفلوس فى الصفر، لا يجوز؛ لأنه يجمعهما الجنس، والمراد من الفلوس الرائجة، أما لو كانت كاسدة، لا يجوز إسلامها فى الحديد والرصاص؛ لأنها بالكساد صارت وزنية، فيكون هذا إسلام الموزون فى الموزون، وهما مثمنان، ولو أسلم النصل فى الحديد، لا يجوز؛ لمكان الجنس، وكذا السيف فى الحديد، وإن أسلم السيف فى الصفر يجوز، إذا كان السيف يباع عددًا، وإن كان يباع وزنًا، لا يجوز، ولأن الوجه الثانى جمعهما الوزن، وفى الوجه الأول لا.

١٢٩٠٨- وإذا أسلم الدراهم فى المكيلات وزنًا، أو أسلم الدراهم فى الوزنيات كيلا، ومعناه إذا أسلم فيما ثبت كيله بالنص وزنًا، أو أسلم فيما ثبت وزنه بالنص كيلا.

وروى الحسن فى "المجرد" عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أنه يجوز، وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا يجوز، فصار فيه روايتان.

وفى "المنتقى": ذكر قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: فيما إذا أسلم فى المكيل وزنًا فى طرف عدم الجواز، وقول أبى يوسف فى طرف الجواز.

واتفقت الروايات عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أن ما ثبت كيله بالنص لايجوز بيعه بجنسه وزنًا، وإن تماثلا وزنًا، كالحنطة بالحنطة، وأشباهها؛ لأن الشرع ورد فيها بالجواز بشرط التماثل فى الكيل.

قال فى "فتاوى أهل سمرقند": لو علم أنها تماثلا كيلا يجوز، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنًا لا يجوز، وإن تماثلا فى الوزن؛ لأن الدقيق كيلى، حتى لو علم أنهما تماثلا كيلا يجوز فيه أيضًا، وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه كيلا، كالدراهم بالدراهم كيلا، إلا رواية

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

شاذة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، قال: يجوز إذا اعتاد الناس ذلك.

والحاصل أن ما ثبت كيله بالنص فهو مكيل أبدًا، وما ثبت وزنه بالنص فهو موزون أبدًا، وما لا نص فيه، ولكن عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله ﷺ بعرف أهل زمانه، فهو مكيل أبدًا، وإن تعارف الناس بيعه وزنًا في زماننا، وما عرف كونه موزونًا في ذلك الوقت، فهو موزون أبدًا، وما لم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ يعتبر فيه عرف الناس في زماننا إن تعارفوا كيله فهو مكيل، وإن تعارفوا وزنه، فهو موزون، وإن تعارفوا كيله ووزنه، فهو مكيل وموزون، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

١٢٩٠٩- وقال أبو يوسف: المعتبر في جميع الأشياء عرف الناس في زماننا عرف كون ذلك النص مكيلا على عهد رسول الله ﷺ، أو موزونًا، أو لم يعرف، وما ثبت كيله ووزنه بالنص، لا يجوز بيعه بجنسه مجازفة، وإن تبايعا صبرة بصبرة مجازفة، ثم كيلا بعد ذلك، فكانت متساويتين، لم يجز العقد عندنا، والمعتبر في جواز العقد العلم بالمساواة وقت العقد، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه في آخر الباب الأول من كتاب البيوع.

١٢٩١٠- وإذا أسلم اللبن في جنسه كيلا، أو وزنًا معلومًا إلى أجل معلوم جاز؛ لأن كون اللبن مكيلا أو موزونًا غير ثابت بالنص، ولم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ أيضًا، فيكون العبرة فيه للعرف، والناس اعتادوا بيعه كيلا ووزنًا، وكذلك الخل والعصير نظير اللبن لما قلنا، ثم ذكر في اللبن جنسه.

قال شمس الأئمة: هذا في ديارهم؛ لأن اللبن كان ينقطع من أيدي الناس في بعض الأوقات، أما في ديارنا لا ينقطع، فيجوز في كل وقت، والخل يوجد في كل وقت، فلا يشترط الجنس[1]، والعصير لا يوجد في كل وقت، فيشترط السلم في جنسه في هذا الباب أيضًا.

١٢٩١١- وأما إذا شرط في السلم طعام قرية، أو أرض خاصة، لا يبقى طعامها في أيدي الناس، فالسلم فاسد، وإن شرط طعام موضع يبقى طعامه، كطعام خراسان، أو ما وراء النهر، يجوز؛ لأنه إذا كان لا يبقى طعامها في أيدي الناس لاتثبت القدرة على التسليم قطعًا، أو شبيهًا به في وقت حلول الأجل، ولا بد منها لجواز السلم، وإذا كان طعامها يبقى يثبت القدرة على التسليم قطعًا أو شبيهًا بالقطع، وذكر المسألة في "الأصل".

---

(١) هكذا في الأصل والنسخة "ظ"، وكان في النسختين: "م" و "ف": الجبن.

وذكر المسألة في "الأصل" أيضًا: إذا أسلم في حنطة هراة خاصة، وهي تنقطع عن أيدي الناس، لا يجوز، بخلاف ما لو أسلم في ثوب هروي، حيث يجوز، وقال عامة المشايخ رحمهم الله تعالى: لم يرد بهذا هراة خراسان؛ لأن تلك بلدة عظيمة، لا يتوهم انقطاع حنطتها عن أيدي الناس، وإنما أراد به قرية من القرى تسمى هراة، وطعام تلك القرية مما يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس.

ثم اختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: لا فرق بين مسألة الحنطة وبين مسألة الثوب؛ لأن محمدًا رحمه الله تعالى ذكر إذا أسلم في حنطة هراة، وهي مما تنقطع عن أيدي الناس، لايجوز، وذكر إذا أسلم في ثوب هروي، يجوز، ولم يذكر هو مما ينقطع عن أيدي الناس، ولو كان مما ينقطع عن أيدي الناس لا يجوز، فعلى هذا لا يقع الفرق بين الثوب والحنطة، ومن المشايخ من فرق بين الحنطة والثوب، والفرق وهو أن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه، لا لتعيين المكان؛ لأن الهروي ما ينسج على صفة معلومة، فسواء أنسج على تلك الصفة بهراة أو غيرها، يسمى هرويًا، وذلك الجنس مما لا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، حتى لو كانت هذه النسبة لتعيين المكان، وبيان ذلك المكان مما يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، لايجوز السلم فيه أيضًا، حتى لو كانت نسبة الحنطة إلى المكان لتعيين ذلك المكان، فإذا كان طعام ذلك الموضع مما يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، لا يجوز السلم فيه حتى لو كانت نسبة الحنطة إلى المكان لبيان ذكر الصفة، لا لتعيين المكان، كالخشمراني البخاري، فإنه يذكر لبيان الجودة، لا يفسد السلم، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع.

١٢٩١٢- وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: يجوز أن يسلم المروي البغدادي في مروي؛ لأنهما جنسان، وكذلك المروي البغدادي في مروي الأهوازي، ومروي الواسطي، وفي "نوادر هشام": قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: لاأجيز أن يسلم غزلا في قطن؛ لأنه وزن كله.

١٢٩١٣- في "الفتاوى": إذا أسلم قطنًا هرويًا في ثوب مروي جاز؛ لأنه عدمت المجانسة؛ لأن الثوب خرج من أن يكون قطنًا.

وفيه أيضًا: إذا أسلم شعرًا في مسح شعر إن كان لا ينقص ذلك المسح، ولايصير شعرًا جاز؛ لأنه انعدمت المجانسة، وإن كان ينقص ويعتبر شعرًا، لايجوز؛ لأنه بقي شعرًا، ألا يرى أنه يعود شعرًا.

١٢٩١٤- وفي "المنتقى": إذا أسلم صوفًا في لبد، أو شعرًا في مسح، أو خزًا في [ثوب

خز، لا يجوز، ولم يفصل، وإن أسلم غزلا فى ثوب](١) جاز وعلل، فقال: لأن اللبد ينقص، فيعود صوفًا، وكذلك الخز والمسح والثوب لا ينقص، فيعود غزلا، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى لا بأس أن يسلم اللبن فى الجبنين، وعنه أيضًا: ويجوز أن يسلم التمر فى الناطف وإن لم يخلط الناطف الدقيق قال فى "الجامع الصغير": لا بأس بالسلم فى الجوز والبيض عددًا.

١٢٩١٥- وفى "الأصل": قال: لا بأس بالسلم فى الجوز، والبيض عددًا، أو وزنًا وكيلا، ولا خير فى السلَم فى الرمان، والسفرجل، والبطيخ، والقثاء، وما أشبه ذلك؛ لأن الجوز والبيض عددى [متقارب والسلم فى العدديات المتقاربة جائزة، ولا كذلك الرمان والسفرجل؛ لأنه عددى متفاوت فالسلم فى العدديات المتفاوتة](٢) لا يجوز والمتفاوت ما نقل عن أبى يوسف كل ما يتفاوت آحاده فى القيمة، فهو عددى متفاوت، وما لا يتفاوت آحاده فى القيمة، فهو عددى متقارب، ثم قال: يجوز السلم فى الجوز والبيض عددًا، ولم يشترط للجواز إعلام الصفة أنه جيد، أو وسط أو ردىء.

قالوا: وقد ذكر محمد فى "الزيادات": أنه يجوز السلم فى الجوز، وإن لم يسمّ وسطًا، ولا جيدًا، وأما فى البيض: إن بين بيض الإوزّ أو الدجاجة، أو الحمام يجوز، وإن لم يسمّ وسطًا، ولا جيدًا، فلم يجعل إعلام الصفة شرطًا للجواز فى البيض والجوز؛ لأنه لما سقط إعلام القدر حتى جاز السلم فيها عددًا مع أن بين العددين تفاوتًا من حيث القدر، فلأن يسقط إعلام الصفة أولى.

وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: ولا خير فى السلم فى جوز الهند، وفى بيض النعام، وعنه أيضًا: إذا أسلم بيض الإوزّ فى بيض الدجاج، أو أسلم بيض الدجاج فى بيض الإوزّ إن كان فى حين يقدر عليه جاز، وإن كان فى حين لا يقدر عليه، لا يجوز.

١٢٩١٦- وقال محمد فى "الجامع الصغير": ويجوز السلم فى الفلوس عددًا، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فمن مشايخنا من قال: إن جواز السلم فى الفلوس قولهما؛ لأن ثمنية الفلوس عندهما قابلة للبطلان؛ لأن الفلوس إنما صار ثمنًا باصطلاح الناس، وإلا فهى سلعة فى الأصل، وما يثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم على خلافه، فإذا أقدما على السلم فيها، والسلم لا يجوز إلا فى المثمّن، تضمن ذلك إبطالا للاصطلاح الأول، فعادت سلعة، فيجوز السلم فيها، فأما على قول محمد: ينبغى أن لا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يجوز؛ لأنه يعتبر[1] الفلوس ثمنًا، حتى لا يجوز بيع فلس بفلسين، والسلم في الأثمان لا يجوز.

قالوا: وقد روى أبو الليث الخوارزمي عن محمد أيضًا: أن السلم في الفلوس لايجوز، ومن المشايخ قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق لمحمد بين السلم وبين البيع، والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مثمنًا، فيتضمن إقدامهما على المسلم إبطالا لذلك الاصطلاح في حقهما، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنًا، فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز، فلا يتضمن إقدامهما على البيع إبطالا لذلك الاصطلاح في حقهما، فبقي ثمنًا كما كان، فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين، ويجوز السلم في الثوم والبصل كيلا، لا عددًا، ذكرهما شيخ الإسلام في شرحه، وجعلهما من العدديات المتفاوتة، والسلم في الباذنجان يجوز عددًا، ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرحه، والسلم في الكاغذ يجوز عددًا؛ لأنه عددي.

١٢٩١٧- ذكر الصدر الشهيد في "واقعاته": ولا خير في السلم في الرطبة؛ لأن الرطبة لاتباع وزنًا، إنما يباع حزمًا، وبين الحزم تفاوت، وكذلك في الحطب حزمًا، أو أوقارًا، فإن بين شيئًا من ذلك على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما في التسلم والتسليم يجوز، وفي بعض الشروح لو بيّن الطول والعرض، والغلظ في اللبن، وكان عرف ذلك جاز، وإذا أسلم في گندم نيكو، أو قال: گندم نيك أو قال گندم سيره، أو قال في گندم سيره، يجوز؛ لأنه يراد بهذه الألفاظ الجيد.

١٢٩١٨- في "فتاوى أبي الليث": وفي "الأصل": لا خير في السلم في الزجاج إلا أن تكون مكسرة، فيشترط فيها وزنًا معلومًا، فيجوز، وكذلك جوهر الزجاج، فإنه موزون معلوم على وجه لا يتفاوت فيه، فأما الأواني المتخذة من الزجاج، فهي عددية متفاوتة، فلا يجوز السلم فيها لا بذكر العدد، ولا بذكر الوزن، قال شمس الأئمة السرخسي: إلا أن يكون شيئًا معروفًا يعلم أنه لا يتفاوت في المالية، كالمكاحل، والطابقات[2]، فإن أجاز ذلك، لا يختلف في المالية، إنما يختلف في أنواعه، وكل نوع معلوم عند أهل هذه الصنعة، فيجوز السلم فيه حينئذٍ بذكر العدد، وقال: لا بأس بالسلم في الآجُر، واللبن إذا اشترط من ذلك شيئًا معروفًا، وأجلا معلومًا، ومكانًا معلومًا، وأراد بقوله: شيئًا معلومًا ملبنًا معلومًا.

---

(١) هكذا في "ف"، وكان في الأصل و النسختين: "ظ" و "م": لا يعتبر.

(٢) وفي "ف": والطاسات.

١٢٩١٩- ولو اشترى آجُرّة من اتّون، لم يجز من غير إشارة، رواه الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة، إلا أن وضع المسألة فى المجرد فى مائة آجُرّة من اتّون، وذكر شيخ الإسلام وجه الفرق، فقال: الآجر من العدديات المتقاربة باعتبار القدر، حتى كأن المسألتين واحدة، إلا أن يكون من المتقارب بين لبن ولبن من حيث المقدار، لا يعتبره الناس فيما بينهم متى كان اللبن واحد، ولاتجرى المماكسة بينهم لأجل ذلك، فأما باعتبار الصفة، وهى النضيج[١] من العدديات المتفاوتة؛ لأن التفاوت من حيث النضيج[٢] بين آجر وآجر تفاوت معتبر يعتبره الناس فيما بينهم، وتجرى فيه المماكسة فيما بينهم، فألحقه بالعدديات المتقاربة فى باب السلم باعتبار الحاجة، وبالعدديات المتفاوتة فى البيع لانعدام الحاجة، ويمكن أن يقال: بأن الآجر من العدديات المتقاربة إذا كان الملبن واحدًا فى السلم، وفى البيع العين جميعًا، وفساد البيع فى مسألة المجرد لاختلاف الملبن واحدًا لما قلتم، فإن موضوع مسألة المجرد لو باع مائة آجُرّة من اتّون لم يجز، ولم يذكر أن الملبن واحد، أو مختلف، وكما يوضع فى الأتون اللبن من ملبن واحد، يوضع اللبن من ملابين مختلفة، فيمكن أن يحمل مسألة المجرد على الملابن المختلفة، عند ذلك لا يقع الفرق بين مسألة السلم، وبين مسألة البيع.

ثم ذكر فى هذه المسألة مكانًا معلومًا، واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: أراد به مكان الإيفاء، وهذا قول أبى حنيفة، وبعضهم: قالواأراد به المكان الذى يضرب فيه اللبن.

١٢٩٢٠- ولا بأس بالسلم فى الثياب والبسط، والحرير بعد أن يشترط طولها وعرضها بذرع معلوم، وبين صفتها، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأن الثياب ليست من ذوات الأمثال، لكنا استحسنا ذلك بحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما على ما مر، وبحديث على رضى الله تعالى عنه، فإنه قال: لا بأس بالسلم فى الثياب، والمعنى فيه أن الثياب مصنوع العباد، والعبد إنما يصنع بآلة، فإذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع، فلا يبقى بعد ذلك إلا تفاوت يسير، والتفاوت اليسير فى المعاملات متحمل، ثم إن محمدًا شرط لجواز هذا السلم بيان الطول والعرض والصفة، ولم يشترط بيان الوزن، ولا شك أن بيان الوزن فى الكرباس ليس بشرط؛ لأن الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن، وهل يشترط بيان وزن الحرير، اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه يشترط، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى، وهكذا ذكر فى شرح "القدورى"؛ لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن، وإن بين الوزن، ولم

---

(١) وكان فى الأصل و"ظ": النضيح.

(٢) وفى "م": النهج.

يبين الذرع لا يجوز؛ لأن الذرع في المذروعات بمنزلة الصفة، فكأنه أسلم موزونًا، وترك صفته.

١٢٩٢١- قال شيخ الإسلام خواهر زاده في "شرحه": إذا شرط الوزن في الحرير، ولم يشترط الذرع، إنما لا يجوز السلم إذا لم يبين لكل ذراع ثمنًا، أما إذا بين لكل ذراع ثمنًا، يجوز، وإذا بين طولها وعرضها بذراع رجل معروف، فلا خير فيه، هكذا ذكر في "الأصل"، قال مشايخنا: أراد بقوله: بذراع رجل معروف، فعلى الذراع لا الاسم، وهو الخشب، ألا ترى أنه قال: لو مات الرجل، لم يدر رب السلم ما حقه في السلم، وإذا شرط كذا كذا ذراعًا مطلقًا، فله ذراع وسط، اعتبارًا للنظر من الجانبين، واختلف المشايخ في تفسير قوله: فله ذراع وسط، بعضهم قالوا: أراد به المصدر، وهو فعل الذرع، لا الاسم، وهو الخشب، يعني لا يمدّ كل المد، ولا يرخي كل الإرخاء، وقال بعضهم: أراد به الخشب؛ لأن خشب الذرع يتفاوت في الأسواق، فمنها ما يكون أقصر، ومنها ما يكون أطول، قال شيخ الإسلام: والصحيح أنه يحمل[1] عليها إذا شرط مطلقًا، فيكون له الوسط منهما نظرًا من الجانبين، قال في "الأصل": ولا بأس بالسلم في التبن كيلا معلومًا، وقيمًا معلومًا، وكيله الغرارة، فإن كان معلومًا يجوز، وإن كان لا يعرف ذلك، فلا خير فيه، فقد شرط الكيل في التبن، وقد اختلف المشايخ، قال بعضهم: إنه مكيل على كل حال؛ لأنه متولد من المكيل، وهو الحب، فلا يتغير، وقال بعضهم: إن تعارف الناس وزنه، فهو موزون، وإن تعارفوا كيله، فهو مكيل.

١٢٩٢٢- ولا بأس بالسلم في البواري بعد أن يشرط ذراعًا معلومًا، وصفة معلومة، وصنعة[2] معلومة، هكذا ذكر في "القدوري".

١٢٩٢٣- ولا خير في السلم في جلود الابل والبقر والغنم؛ لأنه عددي متفاوت، فإن بين لذلك ضربًا معلومًا، يجوز، والأدم إذا كان يباع وزنًا، يجوز السلم فيها بذكر الوزن إذا بينوا على وجه لا يمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسلّم.

١٢٩٢٤- ولا خير في السلم في الرؤوس والأكارع؛ لأنها من العدديات المتفاوتة؛ لأن التفاوت الذي يكون بين رأس ورأس وكارع وكارع تفاوت يعتبره الناس فيما بينهم، وتجري المماكسة لأجله، ولا يشترون إلا بعد الإشارة.

١٢٩٢٥- ولا خير في السلم في اللحم في قول أبي حنيفة من غير فصل بين ما إذا كان

(١) وفي "م": أنه عمل.

(٢) وفي "ظ": ضيعة.

منزوع العظم، أو لم يكن، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا بأس به إذا بين الجنس، بأن قال: شاة أو بقرة، وبين السن، بأن قال: جذع أو ضأن، وبين النوع بأن قال: خصى أو فحل، وبين صفة اللحم بأن قال: سمين أو مهزول، وبين الموضع بأن قال: من الجنب مثلا، وبين المقدار بأن قال: عشرة أمناء، فوجه قولهما: إن الجهالة تنعدم ببيان هذه الأشياء، ولو لم يجز السلم ههنا، إنما لم يجز لمكان الجهالة، ولأبى حنيفة وجهان: أحدهما: أن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، يقل اللحم عند عظم العظم، ويكثر عند صغره، فكان المسلم فيه مجهولا، وهذا التعليل يقتضى جواز السلم إذا كان منزوع العظم.

الثاني: أن اللحم يتفاوت من حيث السمن والهزال، ورغبات الناس تتفاوت فيه، وهذا التعليل يقتضى أن لا يجوز السلم فيه، وإن كان منزوع العظم، ولا بأس بالسلم فى الشحوم والألبان؛ لأنها لا تختلف سمنًا وهزالا، وكذلك ما فيها من الدسم لا يختلف باختلاف ما فيها من العظم.

١٢٩٢٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": ولا بأس بالسلم فى السمك المالح وزنًا معلومًا، وضربًا معلومًا.

يجب أن يعلم بأن السلم فى السمك عددًا لا يجوز، طريًا كان أو مالحًا؛ لأنه عددى متفاوت فيه الصغير والكبير، وأما السلم فيه وزنًا فإن كان طريًا، وكان السلم فى غير حينه لا يجوز، هكذا ذكر فى "الأصل" وطعن بعض المشايخ فى قوله فى غير حينه، وقالوا: الطرى مما يوجد فى الأحايين كلها؛ لأن وجوده بالأخذ، وأخذه ممكن فى الأوقات كلها، والجواب أن الأخذ قد يتعذر فى بعض الأوقات بأن ينجمد الماء أو يكثر، أو ما أشبه ذلك، فلهذا شرط الحين.

وإن كان المسلم فى الطرى فى حينه، أو كان السلم فى المالح، ذكر فى "الأصل" أنه يجوز عند أبى حنيفة، ولم يحكِ خلافًا، وروى أبو يوسف فى "الأمالى" عن أبى حنيفة أن السلم فى السمك لا يجوز بحال من الأحوال، وجه هذه الرواية أن السمك لحم، فلا يجوز السلم فيه، كما لا يجوز فى لحم البقرة والشاة عنده، وجه الفرق لأبى حنيفة على ظاهر الرواية أن السلم فى لحم البقرة والشاة إنما لم يجز إما لأن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، وهذا المعنى لم يمكن تحقيقه ههنا؛ لأن العظم فى السمك ساقط الاعتبار فيما بين الناس، لا تجرى المماكسة باعتباره، وأما لأن اللحم يتفاوت من حيث السمن والهزال، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا أيضًا؛ لأن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، وهذا كله قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف

ومحمد: لا يجوز السلم فى كبار السمك، وفرّقا بينه وبين اللحم؛ لأن فى اللحم يمكن بيان مكان اللحم، فتزول الجهالة، وفى السمك لايمكن، وهذا كله فى كبار السمك، وأما الصغار منه، فالسلم فيها جائز وزنًا معلومًا، أو كيلا معلومًا طريًا كان أو مالحًا بعد أن يكون السلم فى الطرى فى حينه، فقد فرّقا بين الصغار والكبار، والفرق فى الكبار إنما لا يجوز السلم عندهما؛ لأنه لا يمكن بيان مكان اللحم، وهذا لا يتأتى فى الصغار.

١٢٩٢٧- وقال فى "الأصل": ولا خير فى السلم فى شيء من الطيور ولا فى لحومها، أما فى الطيور فلا يجوز؛ لأنه سلم فى الحيوان.

فإن قيل: السلم فى الحيوان إنما كان باطلا لتفاوت الحيوان فى نفسه تفاوتًا فاحشًا يعتبره الناس، ومن الطيور ما لا يتفاوت تفاوتًا يعتبره الناس، كالعصفور، فكان يجب أن يجوز السلم فيه، كما فى الجوز، والبيض؟

والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أن بطلان السلم فى الحيوان ثابت نصًا على ما روينا، والعبرة فى المنصوص عليه لعين النص، لا للمعنى، والنص لم يفصّل بين حيوان وحيوان، وإليه أشار محمد حين سئل لما ذا لا يجوز السلم فى الحيوان؟ لأنه لا يضبط بالوصف، قال: لا لأنى أجوز السلم فى الديباج، ولا أجوزه[1] فى الشاة، وضبط الشاة أهون على من ضبط الديباج، لكن السنة السنة.

والثانى: أن العصفور وإن كان من العدديات المتقاربة، إلا أنه بمعنى المنقطع؛ لأنه مما لا يقتنى، ولا يحبس للتولد، وقد يمكنه أخذه، وقد لا يمكنه، ولا رجحان لإمكان الأخذ على عدم الإمكان حتى يقام مقام الوجود فى أيدى الناس، فيبقى العبرة للانقطاع، بخلاف السمك الطرى؛ لأن إمكان الأخذ فى السمك راجح على عدم الإمكان، فتكون العبرة لإمكان الأخذ، فيقام إمكان الأخذ مقام الوجود فى أيدى الناس، وأما فى لحومها، إما عددًا فلا إشكال أنه لا يجوز؛ لأنه عددى متفاوت، وأما وزنًا هل يجوز، فظاهر ما ذكر محمد يدل على أنه لا يجوز، لأنه أطلق إطلاقًا، فمن مشايخنا من قال: بأن المسألة على الاختلاف لا يجوز عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز، كما لو أسلم فى اللحم، ومنهم من قال: لا يجوز وزنًا عند الكل، إلا أنه حمل المذكور من لحم الطير على طيور لا يقتنى، ولا يحبس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم فى المنقطع، فلا يجوز بسبب الانقطاع عندهم جميعًا، وإن ذكر الوزن، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد، فيجوز عند الكل؛ لأن ما يقع من التفاوت فى اللحم

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى توجد لدينا، وكان فى الأصل: ولا أضبطه.

بسبب العظم فى الطيور تفاوت، لا يعتبره الناس، فإنه لا تجرى المماكسة بسببه، فكان بمنزلة عظم الآلية، وعظم السمك، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده".

١٢٩٢٨- ولا يجوز السلم فى الخبز عند أبى حنيفة ومحمد، لا وزنًا، ولا عددًا؛ لأن الخبز يختلف بالعجن والنضج، وكيفية الخبز، فمنه الخفيف ومن الثقيل، والمقاصد مختلفة، ومع التفاوت لا يمكن تجويز السلم فيه، وعلى قول أبى يوسف: يجوز وزنًا، واختيار المشايخ للفتوى قول أبى يوسف إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من جنس الذى سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض، وبيع الحنطة بالخبز وبيع الدقيق به وبيع الخبز بهما يجوز متساويًا ومتفاضلا إذا كانا نقدين، وإن كان أحدهما نسيئة، والآخر نقدًا، فإن كان الخبز نقدًا يجوز بالاتفاق، وإن كان الخبز نسيئة، عند أبى حنيفة ومحمد لايجوز، وعند أبى يوسف يجوز، بناء على اختلافهما فى جواز السلم فى الخبز وزنًا، والمشايخ أفتوا بقول أبى يوسف، فإذا أراد دفع الحنطة إلى الخباز جملة واحدة، وأخذ الخبز متفرقا ينبغى أن يبيع صاحب الحنطة خاتمًا، أو سكينًا من الخباز بألف من الخبز مثلا، أو يجعل الخبز ثمنًا، ويصفه بصفة معلومة، حتى يصير دينًا فى ذمة الخباز، وسلم الخاتم إليه، ثم باع الخباز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يزيد الدفع إليه، ويدفع الحنطة فيبقى له على الخباز الخبز الذى هو ثمن، هكذا قيل، وهو مشكل عندى، قالوا: إذا دفع دراهم إلى خباز وأخذ منه كل يوم شيئًا من الخبز، فكلما أخذ يقول هو على ما قاطعتك عليه.

١٢٩٢٩- ولا خير فى السلم فى الجوهر واللؤلؤ، لا عددًا، ولا وزنًا، ولا كيلا، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى ما ذكر من الجواب محمول على الكبار من اللآلئ، فأما الصغار منها التى تباع وزنًا، وتجعل فى أودية العين المفرح، فالسلم فيها يجوز وزنًا، ولا بأس بالسلم فى الجص والنورة كيلا معلومًا، ومكانًا معلومًا، واختلف المشايخ فى قوله: ومكانًا معلومًا، قال بعض: أراد به مكان الإيفاء على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقال بعضهم: أراد به المكان الذى يستخرج منه الجص والنورة.

١٢٩٣٠- ولا بأس بالسلم فى الأدهان إذا شرط من ذلك ضربًا معلومًا، من مشايخنا من قال: هذا فى الدهن الصافى، فأما المربى بالبنفسج؛ وغيره، فلا؛ لأن المربى يختلف باختلاف ما يربى به من الأدوية، فهو نظير الناطف والمبزر، ولا يجوز السلم فيه لما يقع من التفاوت فى البزور التى فيه، والأصح أن المربى وغيره فى ذلك سواء، ولا بأس بالسلم فى الصوف وزنًا، وإن اشترط كذا وكذا جرة بغير وزن، لم يجز.

١٢٩٣١- وإن أسلم فى صوف غنم بعينها، لم يجز، وكذلك ألبانها، وسمونها، ولا خير فى السلم فى سمن الحديث، والزيت الحديث، والحنطة الحديثة، وهى التى تكون فى هذا العام؛ لأنها قد لا تكون، ولا بأس بالسلم فى نصول السيف يريد به إذا كان معلوم الطول والعرض والصفة، ولا يجوز إسلام الصوف فى الشعر؛ لأنه يجمعها الوزن.

قال شمس الأئمة الحلوانى: هذا إذا كان الشعر يباع وزنًا [فى العادة، فإن كان لا يباع وزنًا، فلا يحرم نسأ، وهذا لأن من الشعور ما لا يباع][1] كذنب الفرس وغيره، ولا بأس بالسلم فى الجبن والبصل إذا كان معلومًا عند أهل الضيعة على وجه لا يتفاوت هو الصحيح، ولا بأس بالسلم فى القطن والكتان والإبريسم والنحاس والحديد والرصاص والصفر والشبه، وهذه الأشياء من ذوات الأمثال، والحناء، والموسمة، والرياحين واليابسة التى تكال نظير هذه الأشياء، وأما الرياحين الرطبة، والبقول، والقصب، والخشب، والحطب، فهذه الأشياء ليست من ذوات الأمثال، فلا يجوز السلم فيها ما فى باب البيع بالفلوس فى كتاب الصرف.

١٢٩٣٢- وفى بيوع "الأصل": لا بأس بالسلم فى الجذوع إذا بين ضربًا معلومًا وبين الطول والعرض والغلظ والأجل والمكان الذى يوفيه فيه، وكذلك النتاج وصوف العيدان، والخشب، والقصب، وإعلام الغلظ فى القصب بإعلام ما سد به أنه ذراع، أو شبر، والغزل من ذوات الأمثال، ذكره شمس الأئمة السرخسى فى أول إجارته، وذكر الطحاوى فى كتاب: أن كل ما كان موزونًا، فهو مثلى.

نوع آخر منه:

١٢٩٣٣- إذا أسلم إلى رجل دينًا له عليه لم يجز؛ لأن هذا بيع الدين بالدين، ونهى رسول الله ﷺ عن ذلك[2]، فإن لم يفرقا حتى نقده فى المجلس، يعنى نقد رب السلم رأس المال فى المجلس صح؛ لأن الدراهم لا تتعين فى العقود، وإن عينت، فلا يتعين ذلك الدين، وإن أضيف العقد إليه، فصار وجود الإضافة إلى الدين والعدم بمنزلة، ولو لم توجد الإضافة إلى الدين، وقبض الدراهم فى المجلس صح، فههنا كذلك، قال: ولو أسلم إليه دراهم له على

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) أخرجه مالك فى "الموطأ" (٢/ ٦٢٨)، وعبد الرزاق فى "مصنفه" (١٤٤٤٠) فى باب أجل بأجل، والطحاوى فى "معانى الآثار" (٤/ ٢٠-٢١)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٣١٨): باب ما جاء فى النهى عن بيع الدين بالدين.

ثالث، لم يصح السلم، وإن نقده في المجلس؛ لأن الفساد ههنا ما كان باعتبار الإضافة إلى الدين، وإنما كان باعتبار شرط التسليم على ثالث، وهو شرط يغير مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد أن يكون شرط التسليم على العاقد، فإذا شرط التسليم على غيره، فقد غير مقتضى العقد، ففسد العقد لهذا، وبالنقد في المجلس لا يتبين أنه لا يشترط شرطًا يغير مقتضى العقد، فلا يرتفع الفساد لهذا.

١٢٩٣٤- وذكر في "الجامع الصغير": رجل أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة، ونقد مائة، ومائة كانت له دينًا على المسلم إليه، فحصة النقد جائزة، وحصة الدين باطلة، هكذا ذكر المسألة في الكتاب.

واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إما أن يقول: أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة، ولم يضف المائتين إلى دراهم بعينها، ثم نقد رب السلم من المائتين مائة، وجعل المائة الأخرى قضاء بدين كان له قبل عقد السلم، أو قال: أسلمت إليك هذه المائة، والمائة الدين التي لي عليك في كر حنطة، ففي الوجه الأول جاز السلم بحصة ما نقد عندهم جميعًا، ويبطل بحصة ما لم ينقد عندهم جميعًا؛ لأن السلم وقع جائزًا نافذًا من الابتداء خاليا عن الشروط الفاسدة، لما ذكر ثمه المائتين مطلقًا، ألا ترى أنه لو نقد المائتين كلها في المجلس جاز، وإنما فسد بعض السلم بعد ذلك بسبب طارئ [وهو أنه لم ينقد المائة، وجعلها قصاصًا بماله على المسلم إليه، والعقد متى فسد بعضه بسبب طارئ](١)، فإنه يقتصر الفساد على ما وجد فيه الفساد، ولا يشيع في الكل، كما لو باع عبدين، وهلك أحدهما قبل القبض، وكما إذا أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة، ونقد مائة، ولم ينقد المائة الأخرى حتى افترق عن المجلس، صح الثمن بحصة ما نقد، وبطل بحصة ما لم ينقد، فرق أبو حنيفة بين هذا وبين ما إذا جعل رأس المال حرًا وعبدًا، فإنه يفسد العقد كله، كذلك إذا أسلم مكيلا في مكيل، أو موزونًا في موزون، أو شيئًا من جنسه أو غير جنسه، بطل العقد في جميعه في قول أبي حنيفة، وهنا قال: العقد لايفسد كله، والصفقة واحدة في الموضعين جميعًا، وإنما فعل هكذا لأن العقد في هذه المسائل فسد بعضه بفساد قوي مقارن للعقد، وفي مسألة الكتاب فسد بفساد طارئ، والأصل عند أبي حنيفة: أن العقد إذا كان صفقة واحدة، وفسد بعضه بمفسد مقارن للعقد، فسد كله، وإذا فسد بعضه بمفسد طارئ على العقد، لا يفسد كله، والأصل عند أبي يوسف ومحمد: أن الفساد بقدر المفسد على كل حال، حتى قالا في المسائل التي مر ذكرها بأن السلم يجوز في

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

حصة العبد، وفى حصة المأذون، وخلاف الجنس، وقد مرّ شرح ذكر الأصلين قبل هذا.

١٢٩٣٥- وذكر أبو الحسن الكرخى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيمن باع جارية فى عنقها طوق فضة بألف درهم نساء أن البيع باطل فى الجميع فى قول أبى يوسف الآخر، فجعل أبو الحسن رجوعه فى هذه المسألة رجوعًا فى جميع المسائل.

١٢٩٣٦- وفرق أبو حنيفة بين مسألة "الجامع الصغير"، وبين ما إذا باع عبدين على أنه بالخيار، فمات أحدهما فى مدة الخيار أن العقد يفسد كله، حتى لو أراد أن يجيز العقد فى القائم، ليس له ذلك، والعقد قد وقع جائزًا، و قد فسد بمفسد طارئ، ثم لم يقتصر الفساد على ما وجد فيه الفساد، بل يباع فى الكل، وههنا قال: لا يفسد العقد فى الكل، والفرق ظاهر أن فساد بعض العقد بسبب موت أحد العبدين فى مدة الخيار طارئ من وجه مقارن من وجه باعتبار وقوع صورة العقد طارئ، وباعتبار النفاذ وثبوت الحكم مقارن؛ لأن النفاذ ما كان ثابتًا، وإنما ثبت بالإجارة، واعتبار صورة العقد يمنع شيوع الفساد، واعتبار النفاذ يوجب شيوع الفساد، فيترجح ما يوجب الشيوع احتياطًا، أما ههنا فالعقد وقع نافذًا موجبًا لحكمه، فإنه أوجب الملك فى البدلين، إلا أنه فسد البعض بعد ذلك بسبب المقاصة، وإنه طارئ من كل وجه، فلا يتعدى إلى الباقى، وفرقوا أيضًا بين الصرف والسلم، فإنه إذا اشترى مائة دينار بألف درهم مطلقًا غير مضاف إلى دراهم بعينها، ونقد خمسمائة، وجعل الخمسمائة الأخرى قصاصًا بالدين الذى له على بائع الدينار، كان ذلك جائزًا، وههنا قال: لا يجوز، والفرق أن جواز الصرف على موافقة القياس، إلا أن القبض شرط بقاءه على الصحة، وقد وجد فى القبض جميع الألف من بائع الدينار؛ لأنه قبض خمسمائة حقيقةً، وخمسمائة فى ذمته، وما فى ذمته كالمقبوض له، وأما عقد السلم [فجوز بخلاف القياس لحاجة المسلم إليه، ومتى جوزناه بما فى ذمته، لا يندفع حاجته، فلو جوزناه جوزناه][1] من غير حاجة، وما جوزنا بحاجة لا يمكن تجويزه بغير حاجة، فلهذا افترقا.

هذا إذا لم يضف المائتين إلى دراهم بعينها، فأما إذا أضاف المائتين إلى دراهم بعينها، بأن قال: أسلمت إليك هذه الخمسمائة، والخمسمائة التى لى عليك فى كذا وكذا كرًا من طعام، فكذلك الجواب عند علماءنا الثلاثة لا يفسد العقد فى الكل بناء على أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى عقود المعاوضات بالتعين عند علماءنا، فصار وجود الإضافة إلى الدين، وهى الدراهم، والعدم بمنزلة، ولو عدمت الإضافة، وباقى المسألة بحالها، جاز العقد فى حصة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المنقود، كذا ههنا.

١٢٩٣٧- ثم فرق علماءنا بين هذه المسألة وبين ما إذا قال: أسلمت إليك هذه الخمسمائة، والخمسمائة الدين الذى لى على فلان، ونقد خمسمائة، فإن السلم يبطل فى الكل، وههنا يجوز بحصة ما نقد، ولم يوجد فى المسألتين جميعًا إلا الإضافة، وأنها باطلة عندنا، وإنما كان كذلك، وذلك لأن فى تلك المسألة رب السلم أضاف السلم إلى دراهم له فى ذمة بغير ذمة المسلم إليه، وشرط التسليم عليه، والإضافة أن لغت فى حق استحقاق المشار إليه، إلا أنه بقى شرطًا لتسليم إحدى الخمسمائتين على غيره، فكان بمنزلة ما لو ذكر ألف درهم مطلقًا على أن ينقد خمسمائة بنفسه، وينقد خمسمائة فلان، فيكون فساد العقد بسبب اشتراط التسليم بعض الثمن على غير العاقد، وأنه مقارن للعقد، فأوجب فساد الكل، ألا ترى أنه إذا نقد الكل من ماله لم يجز، وهنا لغت الإضافة إلى الدراهم، ولم يوجد بعد إلغاء الإضافة اشتراط تسليم بعض الثمن إلى غير العاقد -والله أعلم-.

نوع آخر
فى قبض رأس المال والمسلم فيه ومسائلهما:

١٢٩٣٨- قال القدورى فى "شرحه": لا يجوز للمسلم إليه أن يبرئ رب السلم من رأس المال؛ لأن الإبراء إسقاط، والساقط متلاش، فينعدم به القبض، والقبض وجب حدًّا من حدود الشرع، فلا يجوز إسقاطه، قال: فإن أبرأه، وقبل رب السلم البراءة، بطل عقد السلم، وإن رد البراءة، لم يبطل؛ لأن العقد قد صح بتراضيهما، فلا يقدر أحدهما على فسخه إلا برضاء الآخر، والمسلم إليه يريد فسخ العقد بالإبراء لما مر أنه ينعدم به القبض المستحق، فلا يقدر من غير قبول صاحبه.

١٢٩٣٩- قال: ولا يجوز أن يأخذ برأس المال شيئًا آخر من غير جنسه؛ لأنه يسقط به القبض المستحق شرعًا، قال: ولو أعطاه من جنسه أجود أو أردأ، ورضى المسلم إليه بالأردأ، جاز؛ لأنه جنس حقه أصلا، إلا أنه دون حقه وصفًا، فمن حيث إنه جنس حقه أصلا صح التجوز به، ومن حيث إنه دون حقه وصفًا، يشترط رضاءه.

قال: ولو أعطاه أجود من حقه، أجبر على القبول، وقال زفر: لا يجبر؛ لأنه متبرع فيما يرجع إلى صفة الجودة، ولو تبرع بزيادة قدر كان له أن لا يقبل تبرعه، فكذا إذا تبرع بزيادة صفة الجودة، ولنا أنه أوفاه حقه بكماله، وأحسن فى قضاء الدين، وقد قال عليه الصلاة والسلام:

«خيركم أحسنكم قضاء للدين»، ولأن صفة الجودة قائمة بالعين، فكانت من توابع الإيفاء، وليس له أن يمتنع من الاستيفاء.

١٢٩٤٠- ولو قال المسلم إليه لرب السلم: خذ هذا، أو زدنى درهمًا، يجب أن يعلم بأن ههنا مسألتين: أحدهما: أن يكون السلم فى المكيلات والموزونات، والثانية: أن يكون فى الذرعيّات.

وكل مسألة على أربعة أوجه: إما أن يأتى المسلم إليه بالزيادة من حيث القدر، أو بالزيادة من حيث الصفة، أو بالنقصان من حيث القدر، أو بالنقصان من حيث الصفة، فإن كان المسلم فيه مكيلا، وقد أتى بالزيادة من حيث القدر، بأن أسلم إليه عشرة دراهم فى عشرة أقفزة حنطة، فجاء المسلم إليه بأحد عشر قفيزًا من حنطة، وقال لرب السلم: خذ هذا وزدنى درهمًا، فإنه يجوز، وإنما جاز لأن تجويزه لا يؤدى إلى الربا؛ لأنا إن جعلنا المؤدى عين الواجب حكمًا لا غير ضرورة أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض، لا يجوز، صار المؤدى مقابلا بالدراهم، فيصير رب السلم على هذا الاعتبار مشتريًا أحد عشر قفيزًا بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز، وإن اعتبرنا الحقيقة، وجعلنا المؤدى غير الواجب فى الذمة؛ لأن الواجب فى الذمة دين لا عين، صار رب السلم باعتبار الحقيقة مشتريًا أحد عشر قفيزًا بعشرة أقفزة حنطة له فى ذمة المسلم إليه، وبزيادة درهم فيكون جائزًا؛ لأن العشرة تكون بالعشرة، والدراهم بإزاء القفيز الحادى عشر، وكان جائزًا، فدل أن تجويزه، لا يؤدى إلى الربا، فأما إذا أتى بأزيد من حيث الصفة، بأن أسلم عشرة دراهم فى عشرة أقفزة حنطةوسط، فأتى المسلم إليه بعشرة أقفزة حنطة جيدة، وقال: خذها وزدنى درهمًا.

ذكر فى بيوع "الأصل": أنه لا يجوز، ولم يذكر فيه خلاف، وذكر فى كتاب الصلح، وقال: لا يجوز على قول أبى حنيفة ومحمد، ويجوز على قول أبى يوسف، فكان المذكور فى بيوع "الأصل" قول أبى حنيفة ومحمد وجه ما ذهب إليه أبو يوسف ظاهر، وهو أن تجويز هذه المعاوضة إن تعذر باعتبار الحال لما تبين فى حجتهما أمكن تجويزهما بطريق الزيادة بأن يجعل رب السلم، كأنه زاد فى رأس المال درهمًا، والمسلم إليه زاد فى الجودة، والزيادة تلتحق بأصل العقد، ويجعل كالموجود لذى العقد، وإذا جعلناها كالموجود لذى العقد، صار كأنه أسلم أحد عشر درهمًا فى عشرة أقفزة حنطة جيدة، [ولو أسلم أحد عشر درهمًا فى عشرة أقفزة حنطة جيدة][(١)] جاز، فكذلك ههنا، وأما أبو حنيفة ومحمد، فيقولان: إن تجويز هذا التصرف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

باعتبار الحال متعذر؛ لأنه باعتبار الحال ما يأخذ غير الواجب فى ذمة المسلم إليه من حيث الحقيقة، فيصير باعتبار الحقيقة رب السلم مشتريًا عشرة أقفزة حنطة جيدة بعشرة أقفزة حنطة وسط [فى ذمة المسلم إليه، وزيادة درهم بإزاء الجودة، وهذا لا يجوز؛ لأن الجودة فى مال الربا][1] لا قيمة لها عند متقابلتها بجنسها، فإنه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة وزيادة درهم بإزاء الجودة لم يجز، فبإعتبار الحقيقة يتمكن الربا، أو باعتبار الحكم لا يتمكن الربا؛ لأن المستوفى عين الواجب فى باب السلم من حيث الحكم، فعلى هذا الاعتبار يكون ما يأخذ مقابلا بالدراهم، لا بجنسه من الحنطة، فيصير رب السلم مشتريًا عشرة أقفزة حنطة جيدة بأحد عشر درهمًا، وهذا ليس بربا، فيتمكن الربا من وجه دون وجه، فيتمكن شبهة الربا، وقول أبى يوسف بأن تجويز هذا التصرف بطريق الإلحاق ممكن فاسد؛ لأن الزيادة إنما تلتحق بأصل العقد إذا صحت حين وجدت؛ لأنها تصح للحال أولا، ثم تستند وصار كالزيادة بعد هلاك المبيع، فإنها لا تصح، وإن كانت تستند، ولو صحت لهذا أن إثباتها فى الحال غير ممكن.

هذا الذى ذكرنا إذا أتى بأزيد مما شرط عليه، فأما إذا أتى بأنقص من حيث القدر بأن أتى بتسعة أقفزة وقد أسلم إليه فى عشرة أقفزة، فقال: خذ هذا وأزيد[2] عليك درهمًا، فإنه يجوز عندهم جميعًا؛ لأنهما تقابلا السلم فى بعض المسلم فيه، وذلك قفيز واحد، والإقالة فى بعض المسلم فيه جائز؛ لما مرّ، فأما إذا أتى بأنقص من حيث الصفة، بأن أسلم فى عشرة أقفز حنطة جيدة، فأتى بعشرة أقفزة حنطة وسط، وقال: خذها وأزيد[3] عليك درهمًا، لم يجز ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز، نص على الخلاف فى كتاب الصلح، فأما أبو يوسف فيقول: بأن تجويز هذا التصرف إن تعذر بطريق الإقالة على الحال؛ لأنه إقالة على مجرد الوصف، والإقالة على مجرد الوصف لا يصح أمكن تصحيحه بطريق الحط؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، كالزيادة، وإذا التحق بأصل العقد، صار كأنه أسلم فى الابتداء تسعة دراهم فى عشرة أقفزة حنطة وسط، فيكون جائزًا بهذا الاعتبار، ولأبى حنيفة ومحمد طريقان: أحدهما: أن يقال: بأنا لو جوزنا هذا التصرف يتمكن فيه شبهة الربا؛ لأن المؤدى باعتبار الحقيقة غير الواجب، فيكون مقابلا بجنسه من الحنطة، فيصير رب السلم بائعًا عشرة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ف" و"م": أرد.

(٣) وفى "ف" و"م": أرد.

أقفزة حنطة جيدة فى ذمة المسلم إليه بعشرة أقفزة حنطة بعينها وسط وزيادة درهم، وإنه ربا باعتبار الحكم يصير مشتريًا عشرة أقفزة حنطة وسط بتسعة دراهم التى كانت رأس المال، وأنه ليس بربا، فيتمكن الربا من وجه، ولا يتمكن من وجه، فيتمكن شبهة الربا، وشبهة الربا مانعة جواز العقد كالحقيقة.

والثانى: أنه قال: السلم على مجرد الوصف، ومجرد الوصف لا يقبل العقد، ولا يقبل الفسخ.

فإن قيل: مجرد الوصف مما يقبل ابتداء العقد، فإن المسلم فيه لو كان ثوبًا وسطًا، فأتى المسلم إليه بثوب جيد، وقال: خذ هذا، وزدنى درهمًا، فإنه يجوز، وقد صار المسلم إليه بائعًا مجرد الوصف من رب السلم، وقد جاز ذلك؟

قلنا: العقد على إنما جاز من رب السلم؛ لأن الأصل له، فيصير مع الأصل له، وشراء الوصف مع الأصل جائز، فأما ههنا لو صحت الإقالة على مجرد الوصف، يبقى الأصل لرب السلم، ويصير الوصف للمسلم إليه بالإقالة، والوصف على هذا الوجه لا يقبل العقد، فإنه لو باع الجودة من الثوب بدون الأصل لا يجوز، فكذلك لا تجوز الإقالة؛ لأن فى الإقالة رب الثوب بائع للجودة بدون الأصل، وقول أبى يوسف بأن تصحيح هذا التصرف بطريق الحط ممكن، قلنا: هذا إذا أمكن إثباته[1] للحال، ولم يمكن للوجهين اللذين ذكرنا، والجواب فى الموزونات نظير الجواب فى المكيلات، هذا الذى ذكرنا كله إذا كان المسلم فيه مكيلا أو موزونًا.

فأما إذا كان المسلم فيه ذرعيًا، بأن كان ثوبًا، وجاء بأزيد من حيث القدر، بأن أسلم عشرة دراهم فى عشرة أذرع، فأتى بثوب أحد عشر ذراعًا، ثم قال لرب السلم: خذ هذا وزدنى درهمًا، جاز ذلك؛ لأنه لا يؤدى إلى الربا على ما بينا، وكذلك إذا أتى بالزيادة من حيث الصفة، فإنه يجوز عندهم جميعًا، بخلاف ما لو كان المسلم فيه مكيلا أو موزونًا، حيث لا يجوز على قول أبى حنيفة ومحمد.

والفرق أن تجويز هذا فى الثوب لا يؤدى إلى الربا؛ لأن المأخوذ إما أن يعتبر عين الواجب من حيث الحكم، فيكون مقابلا بالدراهم، فيكون[2] مشتريًا ثوبًا جيدًا بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز، وتعتبر الحقيقة، فيعتبر المؤدى غير الواجب، فيصير رب السلم على هذا الاعتبار مشتريًا ثوبًا جيدًا بثوب وسط فى ذمة المسلم إليه، وزيادة درهم بإزاء الجودة، وأنه

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل: إنشاءه.

(٢) وفى النسخ الباقية التى توجد لدينا: فيصير.

جائز فى غير مال الربا؛ لأن للجودة فى غير مال الربا قيمة عند مقابلتها بجنسها، فإنه لو اشترى ثوبًا جيدًا بثوب ردىء وزيادة درهم بإزاء الجودة، كان جائزًا، فأما فى الحنطة فإن جاز هذا باعتبار أن المأخوذ عين الواجب، فيكون مقابلا بالدرهم، فيصير مشتريًا عشرة أقفزة حنطة جيدة بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز، فباعتبار الحقيقة يكون المؤدى مقابلا بما وجب لرب السلم فى ذمته، فيصير مشتريًا عشرة أقفزة حنطة جيدة بعشرة أقفزة حنطة له وسط فى ذمة المسلم إليه، وزيادة درهم، وهذا لا يجوز، فيتمكن الربا من وجه، ولايتمكن من وجه، فيثبت شبهة الربا، وأما إذا أتى بالنقصان من حيث الصفة بأن أسلم إليه فى ثوب جيد، فأتى إليه بثوب وسط، وقال لرب السلم: خذ هذا لأرد إليك[1] درهمًا، لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويجوز فى قول أبى يوسف، وجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ما ذكرنا فى فصل المكيل أن تصحيح هذا التصرف بطريق الحط، والالتحاق بأصل العقد ممكن.

ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الوجه الثانى الذى ذكرنا فى فصل المكيل أن هذه الإقالة لو صحت على مجرد الوصف، وتعذر تصحيح الإقالة على مجرد الوصف على ما مر، ولا يجئ فى هذا الفصل لأبى حنيفة رحمه الله تعالى الوجه الأول الذى ذكرنا فى فصل المكيل من شبهة الربا؛ لأن التجويز فى الثوب لايتمكن فيه شبهة الربا، وأما إذا أتى بأنقص من حيث القدر، بأن أتى بتسعة أذرع، وقال: خذ هذا، وأرد عليك درهمًا، لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبى يوسف يجوز، وهذا لأن الذرع إذا لم يجعل له حصة من الثمن، فهو بمنزلة الصفة، حتى يسلم الزيادة للمشترى فى بيع العين من غير عوض، وإن وجده أنقص لا يحط عنه شىء من الثمن، وإذا كان بمنزلة الصفة فى هذه الحالة، كانت الإقالة على ذرع منها، والإقالة على مجرد الجودة [سواء، ولو قال السلم على مجرد الجودة][2] كانت المسألة على هذا الاختلاف، حتى لو بين لكل ذراع حصة من الثمن يجوز؛ لأنه يصير بمنزلة القدر فى هذه الحالة، والإقالة على القدر جائزة، إنما لا تجوز على مجرد الوصف، وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال، وقال زفر رحمه الله تعالى: لا تجوز؛ لأن هذه التصرفات إنما شرعت للتوثيق، ومعنى التوثيق فيما يتأخر قبضه، وقبض رأس المال فى المجلس مستحق، فلم يكن التوثيق ملائمًا به، ولنا أن رأس المال دين كسائر الديون، فيصح

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا: عليك.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" و"ظ".

أخذ الرهن، والحوالة، والكفالة به قياسًا على سائر الديون، واستحقاق قبض رأس المال فى المجلس لا يبقى معنى التوثيق.

١٢٩٤١- قال: فإن فارق رب السلم المسلم إليه قبل القبض، بطل العقد، وإن كان الكفيل والمحتال عليه فى المجلس، ولا يضرهما افتراق الكفيل، والمحتال عليه إذا كان المتعاقدان فى المجلس [لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد يتعلق بالمتعاقدين، فيعتبر بقاء المجلس][١] فى حقهما، ولا يضرهما افتراق غيرهما، قال: ولو أخذ به رهنًا، فإن افترقا، والرهن قائم انتقض العقد، ولو هلك فى المجلس، مضى العقد على الصحة؛ لأن الاستيفاء لا يتم إلا بهلاك الرهن، والافتراق قبل تمام القبض موجب انتقاض السلم.

١٢٩٤٢- قال: ولو أخذ بالمسلم فيه رهنًا، فهلك الرهن، صار مستوفيًا دينه [لأن القبض وجد حقيقةً، ويتم بالهلاك، والرهن وإن لم يكن من جنس حقه صورة، فهو من جنس حقه معنى وهو المالية، والمرتهن إنما يصير مستوفيًا دينه][٢] من مالية المرهون، لا من صورته، قال: ولو لم يهلك الرهن [ولكن مات المسلم إليه، وعليه ديون كثيرة، فصاحب السلم أحق بالرهن، إلا أنه لا يجعل الرهن][٣] يباع بدينه، بل يباع بجنس حقه حتى لا يصير مستبدلا بالمسلم فيه قبل القبض.

١٢٩٤٣- قال: إذا قال رب السلم للذى عليه السلم كل مالى عليك من الطعام، وأعزله فى بيتك، أو فى غرايرك، ففعل ذلك، ورب السلم ليس بحاضر، فإنه لايكون قبضًا من رب السلم، وذلك لأن رب السلم [لو دفع إليه غرائر نفسه، وقال: كل مالى عليك من السلم فى غرائرى هذه، ففعل ورب السلم][٤] ليس بحاضر، فإنه لا يصير قابضًا، وإن صح الأمر باعتبار الغرائر من حيث إنه أمره بشغل غرائر لم يصح باعتبار الحنطة؛ لأنها ملك المسلم إليه، فلأن لا يصير قابضًا ههنا، ولم يصح الأمر باعتبار الحنطة، ولا باعتبار الغرائر؛ لأن كليهما ملك المسلم إليه أولى، هذا إذا كان رب السلم غائبا، وأما إذا كان رب السلم حاضرًا فى منزل المسلم إليه، وكان بحضرته، لا شك أنه لا يصير قابضًا إذا لم يخل بينه وبين الطعام؛

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

لأن القبض إنما يثبت إما بالقبض حقيقةً، بأن يأخذ مواجهة، أو بتخلية المسلم إليه إياه، ولم يوجد واحد منهما، فأما إذا خلى بينه وبين الطعام، فانقله، هل يصير قابضًا أم لا، لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب نصًا، وقد ذكر القدورى فى شرحه: أن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يصير قابضًا، حتى لو هلك بعد ذلك، كان الهلاك على المسلم إليه، وعلى قول محمد يصير قابضًا، وظاهر ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": يدل على أن المذهب عنده كذلك؛ لأنه قال: ورب السلم ليس بحاضر، وهذا يدل على أنه إذا كان حاضرًا فى منزله إذا خلى بينه وبين الطعام، يصير قابضًا، وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن التخلية من البائع قد صحت، فيصير المشترى بها قابضًا قياسًا على ما لو حصلت التخلية فى غير منزل[1] البائع.

وإنما قلنا: بأن التخلية قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة المسلم إليه يده على الحقيقة، وقد أزالها حين خلى بينه وبين الطعام، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: بأن التخلية لم تصح، فلا تعتبر، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن من شرط صحة التخلية زوال يد المسلم إليه، حتى كان فى يده حقيقةً، وقال: خليتك، لا يصير قابضًا، وههنا يد المسلم إن زالت من حيث الحقيقة، لم تزل من حيث الحكم؛ لأن منزله وما فيه فى يده حكمًا فيده إن زالت حقيقةً، لم تزل حكمًا، فلم تثبت التخلية، فأما إذا دفع رب السلم غرائر نفسه، وقال للمسلم إليه: كل مالى عليك من الطعام فى غرائرى، فإنه لا يصير قابضًا إذا جعلها فى غرائره، حتى إذا هلك لايهلك على رب السلم.

١٢٩٤٤ - فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى طعامًا بعينه بشرط الكيل، ثم دفع المشترى إلى البائع غرائره، وقال له: كل فى غرائرى، وكال فى غرائره، فإن المشترى يصير قابضًا، ووجه الفرق بينهما أن القبض لو ثبت فى باب السلم فإنما يثبت إما بالكيل، أو بجعل الحنطة فى غرائر رب السلم، ولا يجوز أن يثبت القبض بالكيل؛ لأن الكيل لم يصر منقولا إلى رب السلم؛ لأن أمره بالكيل لم يصح؛ لأن الكيل يلاقى تلك المسلم إليه، وإذا لم يصح أمره بالكيل، لم يصر الاكتيال منقولا إلى رب السلم، كما قبل الأمر، ولا يجوز أن يثبت القبض بجعل الحنطة فى غرائره، وإن صح الأمر به من حيث إنه تصرف فى الغرائر، والغرائر ملك رب السلم؛ لأن جعل المسلم إليه الحنطة فى غرائر رب السلم غير منقول إلى رب السلم؛ لأن المسلم إليه فى ذلك عامل لنفسه؛ لأن الحنطة ملك المسلم إليه، وقد أذن له رب السلم بجعلها

(١) وفى "ظ": مجلس.

فى غرائره ، فصار معيراً للغرائر من المسلم إليه ، والمستعير عامل لنفسه فى الانتفاع بالعارية ، وإن كان بأمر المعير ، ولهذا كان إقرار الضمان عليه ، وإذا صار عاملا لنفسه فيما يصح الأمر به ، لم يصر منقولا إلى الآمر حتى يصير فعله كفعله ، ، وإذا لم يصر فعله منقولا إليه ، لا فى حق الكيل ، ولا فى جعله فى الغرائر ، صار الحال بعد الأمر كالحال قبل الأمر ، وقبل الأمر لا يصير قابضًا بهذا ، فكذلك ههنا ، بخلاف شراء العين ، وذلك لأن الفعل صار منقولا إلى المشترى فى حق الكيل ، وجعل الحنطة فى غرائره بعد الكيل عمل للمشترى من كل وجه ؛ لأن البائع فى جعل الحنطة فى غرائره عامل للمشترى من كل وجه ؛ لأنه يضع ملكه فى ملكه ، ومنفعة ذلك له ، ويكون عاملا له ، وإذا صار عاملا له ، صار فعله منقولا إلى الآمر حكمًا ، فيجعل كأن الآمر فعل بنفسه ، ولو فعل بنفسه حقيقةً ، صار قابضًا ، فكذا إذا صار فعل البائع منقولا إليه ، وعن هذا قلنا : إن فى شراء العين إذا أمر المشترى البائع بالطحن ، فطحن ، يصير قابضًا ، وفى السلم لا يصير رب السلم قابضًا ؛ لأن الأمر بالطحن فى باب السلم لا يجوز ؛ لأن الطحن يلاقى ملك المسلم إليه ، فيصير الحال بعد الأمر كالحال قبله ، أما الأمر بالطحن فى باب الشراء فقد صح ؛ لأنه لاقى ملك المشترى ، ومنفعة الطحن حاصلة للمشترى ، فانتقل فعله إليه .

فإن قيل : فى فصل الشراء ينبغى أن لا يصح الأمر فى حق ثبوت القبض ؛ لأن البائع لا يصلح وكيلا عن المشترى فى القبض ، ألا يرى أنه لو كان وكل بذلك نصًا لا يصح؟

قلنا : القبض بالأمر ثبت حكمًا ، لا قصدًا ، ويجوز أن يثبت الشيء حكمًا ، وإن كان لا يثبت قصداً على ما عرف ، وما ذكرنا من الجواب فى فصل السلم فيما إذا لم يكن فى غرائر السلم حنطة لرب السلم ، فأما إذا كانت ، وكان المسلم فيها بأمره ، هل يصير رب السلم قابضًا ، فلا رواية فى هذا الفصل ، وقد قيل : لا يصير قابضًا .

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى : والأصح عندى أنه يصير قابضًا ، ثم فرق بين مسألة السلم وبين مسألتين أخريين ، ذكر أحدهما فى كتاب الصرف ، والأخرى فى كتاب المزارعة ، أما التى ذكرها فى كتاب الصرف إذا دفع درهمًا إلى صائغ ، وقال له : زد من عندك درهمًا آخر ، وصغ[1] خاتمًا لى بكذا ، ففعل ، فإن الآمر يصير قابضًا للدرهم الزائد الذى يصير مستقرضًا من الصائغ حكمًا ، لاتصاله بماله ، وإن كان الأمر بالخلط فى حق الزيادة لاقى ملك الصائغ ؛ لأنه فى حق الدرهم المدفوع لاقى ملك الآمر ، وههنا قال لا يصير قابضًا ، وإن صح

(١) وفى "ف" و "م" : واصنع .

الأمر باعتبار الغرائر؛ لأن ملك الآمر إن لم يصح باعتبار الحنطة.

١٢٩٤٥- وأما التي ذكرها في المزارعة: إذا قال لآخر: ازرع أرضي ببذرك على أن الخارج كله لي، فبذر[1]، فإنه يصير مقرضًا البذر من الآمر، ثم الآمر يصير قابضًا البذر حكمًا لاتصاله بملكه، وإن كان الآمر في حق الحنطة لاقى ملك المأمور؛ لأنه باعتبار الأرض لاقى ملك الآمر.

ووجه الفرق بينهما هو أن الأمر في مسألة الخاتم وفي مسألة المزارعة صح في حق الدرهم المدفوع، وفي حق الأرض؛ لأنه لاقى ملك الآمر على ما مرّ، وصار فعل المأمور منقولا إلى الآمر؛ لأن المأمور عامل له بأمره؛ لأنه أمره بالخلط، وبإلقاء الحنطة في أرضه، وهذا سبب ملك لو وجد من الآمر، فإن خلط الجنس بالملك سبب ملك، وكذا إلقاء حنطة الغير في أرضه سبب ملك، [وإذا كان هذا سبب ملك لو وجد من الآمر كان الآمر آمرًا للمأمور بأن يباشر له سبب ملك][2]، فيكون عاملا له بأمره، كما لو أمره بالشراء، فاشترى، وإذا صار عاملا له بنفسه، وقد صح الأمر باعتبار ملكه، صار فعله منقولا إليه حكمًا، فكان بمنزلة ما لو فعل بنفسه، ولو فعل بنفسه، صار قابضًا، فكذلك هذا، فأما في مسألتنا هذه فالأمر بجعل الحنطة في غرائره إن صح باعتبار الغرائر؛ لأنه تصرف في ملكه، إلا أن فعله لم يصر منقولا إليه، وإن كان عاملا بأمره، فإنه عامل لنفسه؛ لأن جعل الحنطة في الغرائر ليس بسبب ملك الآمر، لا قبل التسليم، ولا بعد التسليم، أما قبل التسليم فلا إشكال، وبعده فلأنه لا يملك بجعله في الغرائر، وإنما يملكه بالأخذ قبل الجعل في الغرائر، وإذا لم يكن الوضع في الغرائر سبب ملك الآمر، لا يمكننا أن نجعله عاملا للآمر من حيث إنه مباشر له سبب ملك بأمره، بقي عاملا لنفسه بهذا الوضع من حيث إنه جعل غرائره مشغولا بحنطة نفسه، وصار مستعيرًا للغرائر على ما مر، وعمل المستعير لا يصير منقولا إلى الآمر وإن عمل بأمره، وإذا لم يصح منقولا صار الحال بعد الأمر كالحال قبله، وصار قياس مسألتنا من مسألة المزارعة إن قال له: أقرضني كر حنطة، وألقه في ناحية من أرضي جملة، فألقاه في ناحية من الأرض [جملة، لا يصير قابضًا، وإن صح الأمر من حيث التصرف في الأرض؛ لأن الإلقاء جملة في ناحية من الأرض][3] ليس

---

(١) وفي "م": فقبل مكان فبذر.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بسبب ملك حتى يصير عاملا للآمر مباشرة ما هو سبب ملك له، فبقى عاملا لنفسه من حيث إنه استعمل أرضه بحنطة، فيصير مستعير الأرض منه، قياس مسألة الخاتم من مسألتنا أن لو كان فى الغرائر حنطة لرب السلم، ولو كان كذلك يصير رب السلم قابضًا؛ لأن الأمر قد صح باعتبار ملكه بالخلط، وإذا صح الأمر، فإنه سبب ملك للآمر، ولو وجد من الآمر، صار عاملا له، فصار فعله منقولا إليه، فصار كأنه فعله بنفسه، ولو فعل بنفسه صار قابضًا، فكذلك هذا.

١٢٩٤٦- قال: وإذا وكل رب السلم وكيلا بدفع رأس المال إلى المسلم إليه، صح، فإن دفع الوكيل هما فى المجلس بعد [صح، وإن قام الوكيل عن المجلس قبل الدفع، وذهب وهما فى المجلس بعد][1] لا يبطل السلم، وإن ذهب رب السلم عن المجلس، أو المسلم إليه قبل دفع الوكيل، بطل السلم، وكذلك لو كان المسلم إليه وكل رجلا بالقبض، وإذا كفل رجل لرب السلم برأس المال قبل أن يتفاسخا السلم، فالكفالة باطلة؛ لأنه لم يكفل بدين واجب للحال، ولا أضاف الكفالة إلى سبب الوجوب، قالوا: لو كان كفل بأمر المسلم إليه، وقبل ذلك رب السلم، صحت الكفالة، ويضمن ذلك بشرط صحتها، وفسخ السلم أولا.

نوع آخر منه:

١٢٩٤٧- إذا أسلم إلى رجل دراهم فى كر حنطة، ثم إن المسلم إليه اشترى من رجل حنطة على أنها كر، وأوفى رب السلم عن كر السلم، فإنه يحتاج لإباحة التصرف فيه من الأكل والبيع وأشباه ذلك إلى كيلين، كيل للمسلم إليه، وكيل لرب السلم، ولا يكفى رب السلم كيل المسلم إليه، وإن كان رب السلم حاضرًا حين اكتال المسلم إليه، وكذلك لو أن المسلم إليه أمر رب السلم بقبضه، فقبضه يحتاج أن يكيل مرتين بكيله أولا للمسلم إليه بحكم النيابة عنه، ثم يكيله لنفسه، ولا يكتفى بكيل واحد، وكذلك لو كان المسلم إليه دفع إلى رب السلم دراهم حتى يشترى له حنطة، فاشترى له حنطة بشرط الكيل، وقبضه، وكاله، ثم قبضه قبضًا لحقه، فعليه أن يكيله ثانيًا لنفسه، وهذا لأن الكيل أعطى له حكم القبض شرعًا فيما بيع مكايلة [لأن القدر فى العين معقود عليه فيما يبيع مكايلة][2] ألا ترى لو وجده أزيد بما سمى من

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

القدر[1]، رد الزيادة إذا كانت الزيادة بحيث لا يدخل بين الكيلين؛ لأن الزيادة لم تدخل فى العقد، ولو وجده أنقص، فإنه ينقص عنه حصته من الثمن؛ لأن كل كيل أصل بنفسه، وليس يتبع الباقى، قلنا: والقدر غير متعين قبل الكيل لجواز أن يكون مثل الكيل المشروط، أو أزيد منه، وأنقص منه، فإنما يتعين بالمكيل، ولو كان المكيل حكم القبض من حيث إنه يعمل عمل القبض، فعين ما ملك بالعقد غير متعين، ثم يحتاج فى هذه المسائل إلى قبضين، قبض المسلم إليه وقبض رب السلم، وقبض المسلم إليه من بائعه لا ينوب عن قبض رب السلم، وإن كان بحضرة رب السلم، فكذلك الكيل.

١٢٩٤٨- وإن اشترى المسلم إليه من رجل حنطة بمجازفة، أو استفاد من أرضه حنطة، وأوفى رب السلم، فههنا يكتفى بكيل واحد، حتى إذا كاله المسلم إليه بحضرة رب السلم لم يحتج رب السلم إلى كيل آخر، وكذلك إذا استقرض المسلم إليه حنطة على أنها كر، ثم أوفى رب السلم، فإنه يكفى كيل واحد، إما كيل رب السلم، وإما كيل المسلم إليه بحضرة رب السلم، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا اشتراه المسلم إليه مجازفة، أو[2] استفاد من أرضه؛ لأن الكيل غير محتاج إليه فى حق المسلم إليه لإباحة التصرف، أما فيما اشتراه مجازفة فلأن المعقود عليه عين المشار إليه، لا المقدار، وأنه متعين قبل الكيل، وأما فيما استفاده من أرضه، فالكلام فيه ظاهر، وإنما المحتاج إليه الكيل فى حق رب السلم؛ لأن القدر معقود عليه فى حقه، فكان المحتاج إليه كيلا واحدًا من هذا الوجه، وإنما الإشكال فى فصل الاستقراض؛ لأن الاستقراض يملك بعوض، فكان كالشراء، فيصير القدر معقودًا عليه متى استقرضه بشرط الكيل، كما لو اشتراه مكايلة، والوجه فى ذلك أن القرض إن كان مبادلة من حيث الصورة فهو عارية من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن ما يرد المستقرض عين المقبوض حكمًا لا بد له، إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وإنه حرام، ولما كان القرض تمليكا بغير بدل من حيث الحكم، يعتبر بما لو كان تمليكا بغير بدل من حيث الحقيقة، وهناك لا يحتاج إلى الكيل، وكذا ههنا، بخلاف الشراء؛ لأنه تمليك بعوض حقيقةً وحكمًا، وكل جواب عرفته فى المكيلات، فهو الجواب فى الموزونات.

---

(١) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": العدد.

(٢) هكذا فى "ف" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": واو.

نوع آخر
فى السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق:

١٢٩٤٩- إذا قبض المسلم إليه رأس المال، ثم وجدها أو وجد بعضها زيوفًا، أو نبهرجة، فههنا مسائل:

١٢٩٥٠- إحداها: أن يجدها مستحقة، وكان ذلك فى مجلس العقد، فإنه يقف على إجازة المستحق إن أجاز جاز، وإن لم يجز بطل السلم؛ لأنه لما ظهر أنها مستحقة ظهر أن رب السلم صار قاضيًا دينه من مال الغير، فيكون القضاء موقوفًا على إجازة صاحب المال، كما لو باع ماله فإنه أجاز ورأس المال قائم جاز؛ لأن القبض يتوقف على إجازة المستحق، فيعتبر بما لو توقف العقد على إجازة المستحق، ولو توقف العقد على إجازته فإنما يجوز بإجازته إذا كان [المعقود عليه قائمًا، فكذلك إذا توقف القبض على إجازته، فإنما يجوز بإجازته إذا كان][1] المقبوض قائمًا، ويصير مثل ما نقد دينًا لصاحب المال على رب السلم؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، ولو أذن له صاحب المال فى الابتداء أن يقضى دينه من ماله، ضمن مثل ما قضى لصاحب المال، فكذا إذا أجاز قضاه فى الانتهاء، وإن لم يجز انتقض القبض والقضاء؛ لأنه كان موقوفًا على إجازته، فإذا لم يجز بطل، كما لو توقف البيع على إجازته، فإنه ينتقض إذا لم يجز، فكذا ههنا، وإذا انتقض القبض، صار كأنه لم يقبض، فإن قبض درهمًا آخر فى المجلس بقى العقد على الصحة، جعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، فإن لم يقبض بطل العقد، وإن وجدها ستّوقة، وكان ذلك فى مجلس العقد، وتجوز به المسلم إليه، لا يجوز؛ لأن الستّوقة ليست من جنس رأس المال؛ لأن رأس المال فضة، والستّوقة ليست بفضة من حيث الحكم؛ لأن الرصاص والنحاس فى الستّوقة غالب على الفضة، والفضة مغلوبة، والعبرة للغالب، فكان الكل نحاسًا، أو رصاصًا، ولو كان الكل نحاسًا أو رصاصًا من حيث الحقيقة، ورأس المال فضة إذا تجوز به المسلم إليه لم يجز؛ لأنه يصير به مستبدلا برأس مال السلم قبل القبض، وأنه لا يجوز هذا إذا تجوز به، فأما إذا رده، وقبض مكانه آخر فى المجلس، جاز؛ لأنه إذا قبض آخر مكانه، فكأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن وجدها زيوفًا، أو نبهرجة، وكان ذلك فى مجلس العقد، فإن تجوز به المسلم إليه جاز؛ لأن الزيوف من جنس رأس المال؛ لأن الزيوف من الدراهم ما يكون الفضة فيه غالبة على الغش والعبرة للغالب، وكان الكل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فضة، فبالتجوز به لا يصير مستبدلا برأس المال، وإن رده، واستبدل به فى المجلس يجوز، وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن افترقا قبل الاستبدال بطل السلم، فأما إذا وجد شيئًا منها مستحقًا وكان ذلك بعد الافتراق عن المجلس، فإن أجازه المالك، وكان رأس المال قائمًا جاز؛ لأن خيار الإجازة، لا يمنع صحة القبض، فلا يتبين أن الافتراق عن المجلس حصل فيه قبل قبض رأس المال، وإذا صح القبض على سبيل التوقف جاز بإجازته إذا كان رأس المال قائمًا، وإن رده بطل السلم بقدره، قل أو كثر عندهم جميعًا؛ لأن القبض كان موقوفًا بين أن يكون قبض رأس المال متى أجاز، وبين أن لا يكون قبض رأس المال متى لم يجز، والموقوف بين شيئين إذا تعين أحدهما، كان هو الثالث من الأصل، وكان قبض رأس المال لم يوجد أصلا.

١٢٩٥١ - وأما إذا وجد منها شيئًا ستّوقة، وكان بعد الافتراق عن المجلس بطل السلم بقدره، قل أو كثر، تجوز به أو رد، واستبدل مكانه، أو لم يستبدل لما ذكرنا أن الستّوقة ليس من جنس رأس المال، وإذا لم تكن من جنس رأس المال ظهر أن الافتراق عن مجلس العقد حصل من غير قبض رأس المال بقدر الستّوقة، فبطل السلم بقدره، ولا يعود جائزًا بالقبض بعد المجلس، كما لو لم يقبض هذا القدر أصلا فى المجلس، ثم قبض، وأما إذا وجد شيئًا منها زيوفًا، وكان ذلك بعد الافتراق عن المجلس، فإن لم تجوز به جاز، كما لو تجوز به فى المجلس، وإن لم تجوز به ورده، أجمعوا على أنه إذا لم يستبدل فى مجلس الرد أن السلم يبطل بقدر مارده، فأما إذا استبدل مكانه أخرى فى مجلس الرد، فالقياس أن يبطل السلم بقدره، وبالقياس أخذ زفر.

وفى الاستحسان: لا يبطل متى كان المردود قليلا، وبه أخذ علماءنا الثلاثة، وإن كان كثيرًا، فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى: يبطل، وعندهما: لا يبطل استحسانًا، وكذلك على هذا الاختلاف أحد المتصارفين إذا وجد شيئًا مما [قبض زيوفًا، ورد بعد المجلس، وجه القياس أن الرد بالزيافة مما][1] ينقض قبض المسلم إليه فى رأس المال من الأصل، بدليل أنه لم يستبدل مكانه أخرى فى مجلس الرد، فيبطل السلم بقدره، ولو لم ينتقض قبضه من الأصل، وإنما انتقض من وقت الرد مقصورًا على الرد، كأن لا يبطل السلم، كما لو وهب رأس المال منه، ولهذا لاينفرد الراد بالرد.

والدليل على أبى حنيفة رحمه الله ما إذا كان المردود كثيرًا، وإذا كان الرد بالزيافة مما

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ينتقض قبضهم من الأصل لو بقى المسلم بعدها صحيحًا، فإنما يبقى صحيحًا بصحة القبض الثانى، والقبض الثانى صح من وجه، ولا يصح من وجه صح من حيث إن مجلس الرد مجلس العقد حكمًا؛ لأن العقد كان باقيًا على الصحة إلى وقت الرد حكمًا بسبب قيام المعقود عليه، وكون المقبوض رأس المال، وإذا كان العقد قائمًا إلى وقت الرد، كان مجلس الرد مجلس العقد من حيث الحكم، فصح القبض الثانى باعتبار الحكم، وباعتبار الحقيقة لا يصح القبض الثانى؛ لأنه لم يوجد فى مجلس الرد مجلس العقد حقيقةً، فإن حقيقة العقد توجد بالإيجاب والقبول، فقد دار القبض الثانى بين أن يصح وبين أن لا يصح، والصحة لم تكن ثابتة، فلا تثبت بالشك والاحتمال، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى، هكذا يقول: فى المردود إذا كان كثيرًا، إلا أنه فى القليل استحسن، وصحح القبض الثانى، وإذا كان القياس يأبى صحته لنوع ضرورة، فإن أموال الناس لا تخلو عن قليل زيف يكون فيها لو أخذ بحقيقة القياس فى القليل لضاق الأمر على الناس، والقياس يترك بالضرورة والحرج، فرجحنا كون هذا المجلس مجلس العقد حكمًا على كونه غير مجلس العقد حقيقةً بسبب الحرج والضرورة، وهذه الضرورة معدومة فى الكثير؛ لأن أموال الناس يخلو عن كثير الزيوف، فكان العبرة فيه للقياس، والقياس أن يبطل السلم بقدر المردود، كما قاله زفر، وبخلاف الستّوقة والمستحقة؛ لأن أموال الناس يخلو عن المغصوب والنحاس والصفر والرصاص، قليلا كان أو كثيرًا، وأبو يوسف ومحمد قالا: [جاز القبض الثانى؛ لأنه صح من وجه، ولم يصح من وجه][1]، كما قاله زفر، فنعتبره صحيحًا احتيالا لجواز العقد، وأنه يحتال لجواز العقد ما أمكن، فرجحنا كون هذا المجلس مجلس العقد حكمًا على كون غير مجلس العقد حقيقةً احتيالا منا لجواز العقد، كما رجح أبو حنيفة رحمه الله كون هذا المجلس مجلس العقد حكمًا على كونه غير مجلس العقد حقيقةً إذا كان المردود قليلا ولهذا سماه استحسانًا، وهذا بخلاف ما لو وجدها ستّوقة، أو مستحقة، ولم يجز المستحق؛ لأن هناك ظهر أن العقد كان باطلا، كما تفرقا عن المجلس؛ لأنه لم يوجد قبض رأس المال، فأما هنا فبقى العقد صحيحًا بعد الافتراق بوجود قبض رأس المال، وإنما بطل القبض بالرد، فيكون العقد باقيًا إلى مجلس العقد حكمًا، فيعتبر بما لو كان مجلس العقد حقيقةً، ولو كان مجلس العقد حقيقةً، إذا تفرقا بعد قبض رأس المال جاز، كذا هنا.

---

(١) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا: قالا: بأن القبض الثانى صح من وجه كما قاله زفر.

ثم اتفقت الروايات الظاهرة المشهورة عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن ما زاد على النصف كثير، حتى إذا كان المردود بالزيادة أكثر من النصف [كان المردود كثيرًا، وإذا كان المردود أقل من النصف][١] كان قليلا، وهذا لأن الكثرة والقلة بين الشيئين من حيث الحقيقة إنما يعرف بالمقابلة لا بالقسمة؛ لأن ما من قليل إلا ويوجد ما هو أقل منه، فمتى كان المردود أكثر من النصف، كان المردود كثيرًا باعتبار المقابلة؛ لأن ما يقابله من غير المردود أقل، فكان المردود كثيرًا، وإذا كان المردود أقل من النصف كان قليلا؛ لأن ما يقابله من غير المردود أكثر، فيكون المردود قليلا باعتبار المقابلة، وأما النصف ففيه روايتان فى رواية جعله كثيرًا، وفى رواية جعله قليلا، وفى رواية أخرى ما زاد على الثلث كثير، وما دونه قليل، وهذه الرواية موافقة لما ذكرنا فى الصيد والذبائح أن الظاهر من العضو فى الشاة إذا كان أكثر من الثلث فهو كثير، والثلث وما دونه قليل.

نوع آخر فى بيان ما يكون قصاصًا فى السلم وما لا يكون:

١٢٩٥٢- هذا النوع يبتنى على أصلين: أحدهما: أن دين السلم مما يستوفى، ولايوفى به دين آخر، أما يستوفى لأن الاستيفاء وفاء بموجب العقد، وأما لا يوفى به دين آخر؛ لأن إيفاء دين آخر به استبدال، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لايجوز؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[٢]، والمراد المسلم فيه حال بقاء العقد، ورأس مال السلم بعد انفساخه، ولأن المسلم فيه مبيع، وأنه دين، والاستبدال بالمبيع العين قبل القبض لا يجوز، مع أن العين أقبل للتصرف من الدين، فلان لا يجوز بالمبيع الدين أولى.

١٢٩٥٣- وأصل آخر: وهو أن فى باب المقاصة يصير آخر الدينين قضاء لأولهما، ولا يصير أول الدينين قضاء لآخرهما؛ لأن القضاء يتلو الوجوب، ولا يسبقه، ولهذا فى الدين المشترك لو وجب للمديون على أحد الشريكين دين بقدر حصته، فصار قصاصًا، وكان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه؛ لأنه صار مستوفيًا حصته، وإذا كان دين المديون سابقًا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٠٠٠٢): باب من كره أن يأخذ بعض سلمه، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٥١)، وعزاه إلى أبى داود وابن ماجه من حديث أبى سعيد الخدرى، ورواه الترمذى فى "علله الكبير"، وقال: لا أعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن.

على دينهما، فصار قصاصًا لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء؛ لأنه صار قاضيًا بنصيبه دينًا عليه لا مقتضيًا، وعلامة الاستيفاء قبض عين مضمون مثل المسلم فيه بعقد السلم، لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، ألا يرى أن في الموضع الذي صار مستوفيًا، إنما صار مستوفيًا بهذا الحد، وهو قبض عين مضمون بمثل المسلم فيه بعد عقد السلم لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، وهذا لأن قبض عين الدين لا يتصور، وإنما يتصور قبضه بهذا الطريق، وهو أنه يصير المقبوض مضمونًا على القابض إذا قبضه لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، ثم يلتقيان قصاصًا إذا كان المقبوض مثل الدين، وإن كان في هذا نوع مبادلة، لكن الاستيفاء لا يتهيأ بدونه، فسقط اعتبار هذا النوع من المبادلة شرعًا بقي المحرم الاستبدال الخالص، وإنما شرطنا أن يكون قبض مثل هذا العين بعد عقد السلم؛ لأنه لو كان قبله كان دين السلم آخر الدينين، وآخر الدينين يصير قضاء لأولهما، ولا يصير أولهما قضاء لآخرهما، فيكون استبدالا بالمسلم فيه، وإذا وجب على رب السلم مثل السلم بسبب متقدم على العقد، يصير قصاصًا بالسلم، أما على الأصل الأول فلأن ما هو صورة الاستيفاء وهو القبض الحقيقي لم يوجد بعد عقد السلم، وأما على الأصل الثاني فلأنه لو وقعت المقاصة صار دين السلم قضاء لما وجب قبل عقد السلم، وكذلك إذا وجد بعقد بعده لم يصر قصاصًا، نحو: أن يشتري رب السلم من المسلم إليه شيئًا [بحنطة][1] مثل السلم للأصل الأول، وهو انعدام القبض حقيقةً بعد عقد السلم دون الأصل الثاني، ولو وجب عليه بقبض مضمون، نحو: إن غصب منه كذا بعد عقد السلم، أو استقرض منه، فصار قصاصًا لوجود حد الاستيفاء، وهو قبض مضمون بعد عقد السلم، لا على وجه الاقتضاء بدين آخر.

١٢٩٥٤- ولو كان غصبه مرا قبل العقد وهو قائم في يده حتى حل السلم، فجعله قصاصًا، صار قصاصًا، سواء كان بحضرتهما، أو لم يكن؛ لأن القبض حقيقةً موجودًا، وأنه مما يمتد، وكان لدوامه حكم الابتداء، فجازت المقاصة.

١٢٩٥٥- ولو كان وديعة عند رب السلم قبل العقد أو بعده، فجعله بالمسلم إليه قصاصًا لم يكن قصاصًا إلا أن يكون بحضرتهما، أو يرجع رب السلم، فيستخلي به[2]؛ لأن قبض رب السلم كان أمانة، والمعتبر في الاستيفاء قبض ضمان، ولا بد من تجديد القبض بالتخلية به.

١٢٩٥٦- ولو غصب منه كرًا بعد العقد قبل حلول السلم، ثم حل، فإنه يصير

---

(١) هكذا في "م".

(٢) هكذا في "م"، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: فيفسخانه.

قصاصًا، ولو كان الغصب واقعًا قب العقد، فلا بد من أن يجعله قصاصًا، والفرق وهو أن فى الفصل الأول القبض الحقيقى بصفة الضمان وجد بعد عقد السلم، فصلح اقتضاء، لكن لم تثبت المقاصة قبل حلول الأجل لما فيه من إبطال الأجل، فإذا حل الأجل، زال المانع، فثبت المقاصة، أما فى الفصل الثانى القبض حين وجد لم يصح اقتضاء لوجوده قبل عقد السلم، إلا أن لدوامه حكم الابتداء، فباعتبار أن لدوامه حكم الابتداء، جازت المقاصة، ومن حيث إنه دفع لم يصلح اقتضاء لا بد من إثبات المقاصة من قبل المتعاقدين.

ولو غصب منه بعد عقد السلم، كذا أجود من السلم لم يصر قصاصًا إلا برضا المسلم إليه، وإن كان أردأ لم يصر قصاصًا إلا برضاء رب الالسلم، اعتبار الحق كل واحد منهما فى الوصف.

١٢٩٥٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": رجل أسلم إلى رجل مائة درهم فى كر حنطة وسط إلى أجل معلوم، وإليه رأس المال، ثم إن رب السلم باع من المسلم إليه عبدًا بكر حنطة وسط مثل المسلم فيه، وقبض الكر، ولم يسلم العبد إليه حتى انتقض العقد فى العبد، أو بالرد بخيار الشرط، أو الرؤية أو بالرد بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، أو بعد القبض بقضاء حتى انفسخ العقد من كل وجه فى حق الناس كافة كان على رب السلم أن يرد الكر الذى هو ثمن العبد حكمًا لانفساخ العقد فى العبد، فإن العقد قد انفسخ فى العبد بهذه الأسباب من كل وجه، وعند انفساخ العقد لا يسلم العبد للمشترى، فلا يسلم ثمنه للبائع.

١٢٩٥٨- فإن قال بائع العبد وهو رب السلم: أنا أمسك الكر المقبوض، وأرد مثله، كان له ذلك؛ لأنه المستحق على البائع من الثمن حال انفساخ العقد ما هو المستحق على المشترى حال مباشر العقد، والمستحق على المشترى حال مباشرة العبد مطلقًا كر فى الذمة، لا كر بعينه، فكذا المستحق على البائع حال انفساخ العقد، توضيحه: أن استحقاق الرد بحكم الفسخ فإنما يثبت استحقاق ما ورد عليه الفسخ، والفسخ ما ورد على المقبوض العين، وإنما ورد على موصوف فى الذمة ضرورة، ورد البيع عليه، فإن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه البيع، ولأن هذا الكر ما صار ملكًا له بالعقد ليزول عن ملكه بانفساخ العقد؛ لأن العقد ما ورد على المعين، وإنما صار ملكًا له بالقبض، وقبضه باق، فيبقى الكر مملوكًا له، فكان له أن يحبسه، فإن لم يرد رب السلم الكر الذى هو ثمن حتى حل السلم، صار قصاصًا بكر السلم تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأن البيع إذا انتقض، وانفسخ من كل وجه بالأسباب التى ذكرنا، بطل

جهة الثمنية للكر، فبقى الكر فى يده مقبوضًا بعد عقد السلم، لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، وهو قبل السلم، فقد وجد علامة الاستيفاء، فصار قصاصًا بالسلم لهذا، وكذلك لو كان عقد البيع قبل السلم، ولكن قبض الكر الذى هو ثمن كان بعد السلم، ثم انفسخ البيع بينهما بالأسباب التى ذكرنا، صار الكر الذى هو ثمن قصاصًا بالسلم عند حلول الأجل؛ لأن العبرة لحالة القبض، لا لحالة العقد؛ لأن الاستيفاء يقع بالقبض، والقبض وجد بعد عقد السلم، فتقدم العقد وتأخره فى هذا سواء.

١٢٩٥٩- ولو كان مشترى العبد وهو المسلم إليه رب العبد بعد القبض بالتراضى، أو تقايلا العقد فى العبد، والباقى بحاله، فإن الكر الذى هو ثمن لا يصير قصاصًا بالسلم فى الفصلين جميعًا تقاصا أو لم يتقاصا، وإنما كان كذلك لأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضى، والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين عقد جديد فى حق الثالث؛ لأن الصورة صورة الفسخ، وهو قولهما: فسخنا، والمعنى المبادلة، وهو التمليك، والتمليك بالتراضى، ولا يمكن اعتبار المعنى، والصورة فى حق شخص واحد، فاعتبرنا الصورة فى حق المتعاقدين، واعتبرنا المعنى فى حق الثالث، وحرمة الاستبدال بالمسلم فيه حق الشرع، فصار فى حق حرمة الاستبدال الذى هو حق الشرع عقد جديدًا، وإذا اعتبرنا على هذا الوجه بقى العقد الأول وثمنه، فبقى الكر مقبوضًا بجهة الثمنية، فلا يمكن أن يجعل ذلك القبض استيفاء لما ذكرنا أن الاستيفاء أن يكون بقبض عين مضمون، هو مثل الثمن، لا بجهة الاقتضاء بدين آخر، وهذا الكر بقى مقبوضًا بجهة الثمنية، فلو صار قصاصًا، كان هذا استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض، وأنه لا يجوز.

أو نقول: بأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضى والإقالة اعتبر كل واحد منهما فسخا فى حق المتعاقدين فيما هو من حقوق ذلك العقد، اعتبارًا للصورة، وفيما ليس من حقوق ذلك العقد اعتبر بيعًا جديدًا اعتبارًا للمعنى على ما ذكرنا، وعقد السلم ليس من حقوق ذلك العقد، فيجعل فى حق حكم السلم بمنزلة بيع مبتدأ، ولما كان هكذا بقى العقد الأول وثمنه، والتقريب ما ذكرنا، ولو كان عقد البيع وقبض الكر قبل عقد السلم، والباقى بحاله، فإن الكر الذى هو ثمن العبد لايصير قصاصًا بكر السلم، وإن تقاصا؛ لأنه صار قصاصًا صار دين السلم إيفاء وقضاء بثمن العبد؛ لأنه آخر الدينين، وقد ذكرنا أن آخر الدينين يصير قضاء لأولهما، فيصير آخرهما مقبوضًا بدين السلم، ويصير دين السلم مقبوضًا، فلايجوز -والله أعلم-.

نوع آخر

وهو قريب من هذا النوع:

١٢٩٦٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الكبير": رجل أسلم إلى رجل فى قفيز من رطب، وجعل أجله فى حينه حتى كان جائزًا، فأعطاه المسلم إليه مكانه قفيزًا من تمر، أو أسلم فى قفيز من تمر، فأعطاه مكانه قفيزًا من الرطب، وتجوز به رب السلم، فهو جائز فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن الرطب والتمر عنده جنس واحد، حتى جاز بيع أحدهما بالأخرى كيلا بكيل ابتداء، فيكون هذا استيفاء للمسلم فيه للاستبدال، وعندهما إن كان المسلم فيه قفيز رطب، فأعطاه مكانه تمرًا، لا يجوز على كل حال؛ لأنهما يعتبران المماثلة بعد الجفاف، ولذا لايجوز بيع الرطب بالتمر عندهما كيلا بكيل ابتداء، ولا مساواة بينهما فى تلك الحالة، فإن الرطب ينقص إذا جف، فيتضرر رب السلم بقبض كر من تمر مستوفيًا أكثر من حقه باعتبار النظر إلى تلك الحالة، وهو ربا، فلم يجز، وصار كما لو أسلم فى ثلاثة أرباع قفيز تمر، فاستوفى قفيزًا من تمر.

١٢٩٦١- وإن كان أسلم فى قفيز من تمر، فأعطاه قفيزًا من رطب، فهو على وجهين عندهما: إما أن يقبضه على وجه الاستيفاء، بأن يقول المسلم إليه لرب السلم خذه بحقك أو قضاء بحقك، أو قضاء من حقك، أو ما أشبه ذلك من العبارات، أو يقبضه على وجه الصلح والإبراء، بأن يقول: خذه صلحًا بحقك أو قضاء من حقك على أنى برىء مما كان لك قبل، ففى الوجه الأول هو باطل؛ لأن تقدير ما قال المسلم إليه: خذ كمال حقك، وما أعطاه لا يفى بكمال حقه؛ لأن العبرة عندهما لحالة الجفاف، والرطب ينقص إذا جف، فلا يصير مستوفيًا جميع حقه باعتبار تلك الحالة، وليس فى لفظه ما يدل على إسقاط شىء، فلا يدرى كم أخذ من حقه، وكم أبقى مع أنه إذا انتقص مقدار الربع مثلا، فإن جعلناه مستوفيًا جميع حقه، كان استيفاء القفيز بثلاثة أرباع قفيز، وذلك ربا، وإن جعلناه مستوفيًا ثلاثة أرباع قفيز، فالمسلم إليه لم يرضَ بإعطاء قفيز من الرطب إلا وأن يكون قضاء عن جميع حقه، وفى هذا يفوت حقه فى صفة الرطوبة، وهى صفة مقصودة.

وفى الوجه الثانى: وهو ما إذا كان على طريق الصلح والإبراء ينظر إلى هذا الرطب كم ينقص إذا جف، فإن علم ذلك يبنى على ما لم يعلم، وإن لم يعلم ذلك يبنى على أكثر ما لا يزيد عليه النقصان، فإن علم أنه إذا جف ينقص مقدار الربع، أو علم أنه لا يزيد النقصان على الربع، ويبقى ثلاثة الأرباع، ينظر بعد هذا إن كانت قيمة القفيز من الرطب مثل قيمة ثلاثة أرباع

قفيز من تمر، أو أقل، فالصلح جائز؛ لأن رب السلم استوفى بعض حقه، وأبرأه عما بقى؛ لأن فى لفظ الصلح ما يدل على الإبراء والإسقاط كيف، وقد صرح بالإبراء فى بعض المواضع، ولم يشترط عليه بإزاء ما أبرأه عوضًا، وهو الحسن الجميل الذى ورد به الأمر، فيجوز.

وإن كانت قيمة قفيز من الرطب أكثر من قيمة ثلاثة أرباع تمر السلم، بطل الصلح؛ لأنه وإن استوفى قدر ثلاثة الأرباع، وأبرأه عن الربع، فقد جعل لنفسه بمقابلة ما أبرأه عنه، فضل جودة الرطوبة، فلا يجوز، كما له على آخر ألف درهم نبهرجة إلى سنة، فصالحه على خمس مائة نبهرجة][1] معجلة، أو كان له على رجل ألف درهم نبهرجة حالة، فصالحه على خمسمائة جيدة حالا، لا يجوز لما قلنا أنه اعتاض صفة الجودة عما أبرأه. ، فكذا هنا.

١٢٩٦٢- واستشهد محمد رحمه الله تعالى لإيضاح هذا بما لو كان لرجل على رجل قفيز تمر من دقل، فصالحه على نصف قفيز تمر حال، كان الصلح باطلا؛ لأنه حط القدر بمقابلة فضل الجودة فى المسألة الأولى، وبمقابلة فضل الحلول فى المسألة الثانية، كذا ههنا.

١٢٩٦٣- رجل أسلم إلى رجل فى قفيز من حنطة، فأعطاه مكانه قفيز حنطة مقلية، لم يجز فى قولهم جميعًا؛ لأنه لا مماثلة بين المقلية وغير المقلية شرعًا، ولهذا لايجوز بيع المقلية قفيزًا بقفيز عندهم جميعًا، وكان هذا استبدالا عند الكل، لا استيفاء، فلهذا لا يجوز، وكذلك لو أسلم فى قفيز بسرًا خضر أو صفر فى حينه، وأعطاه مكانه قفيز بسر مطبوخ، أو أسلم فى قفيز حنطة، فأعطاه مكانه قفيز دقيق لايجوز؛ لأنه لا مماثلة بين البسر المطبوخ والبسر الأخضر، ولهذا لا يجوز بيع قفيز من الحنطة المطبوخة بقفيز من غير المطبوخة، ولا يجوز بيع قفيز حنطة بقفيز دقيق، فعلم أنه لا مماثلة، فكان هذا استبدالا لا استيفاء.

١٢٩٦٤- ولو أسلم فى قفيز حنطة، فأعطاه قفيزًا من حنطة قد انتقع فى الماء حتى انتفخ، فهذا جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد: لايجوز؛ لأنهما مثلان عندهما، خلافًا لمحمد، ولهذا جاز بيع الحنطة المبلولة بغير المبلولة عندهما قفيزًا بقفيز، خلافًا لمحمد، وكان يقول محمد فى هذا على قياس قوله فى الرطب.

ولو أسلم فى زيتون، فأخذ مكانه زيتا، لا يجوز، وإن علم أنه أقل مما فى الزيتون، فإنهما صنفان، فيكون استبدالا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر في الاختلاف الواقع بين رب السلم وبين المسلم إليه:

١٢٩٦٥- وإنه على وجوه: الأول: أن يقع الاختلاف بينهما في المسلم فيه، أو في رأس المال، أو فيهما، ويجب أن يعلم بأن ههنا مسألتان: الأولى: ما إذا كان رأس المال دينًا كالدراهم والدنانير، وأنها على وجوه ثلاثة: الأول: أن يقع الاختلاف في المسلم فيه، وإنه على وجوه ثلاثة: إن وقع الاختلاف في جنسه، بأن قال رب السلم: أسلمت عشرة دراهم في كر حنطة، وقال المسلم إليه: أسلمت عشرة دراهم في كر شعير، تحالفا استحسانًا إن لم يكن لهما بينة، ويبدأ بيمين المسلم إليه في قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: يبدأ بيمين رب السلم، وإذا تحالفا، فالقاضي يقول لهما: ما ذا تريدان؛ لأن العقد لا ينفسخ بمجرد التحالف، كما في بيع العين، فإن قالا: نفسخ العقد، أو قال أحدهما ذلك، فسخ القاضي العقد بينهما، وإن قالا: لانفسخ، تركهما رجاء أن يعود أحدهما إلى تصديق صاحبه، وأيهما أقام بينة، قبلت بينته، وفي قبول بينة المسلم إليه إشكال، إذ لا وجه إلى قبولها لإثبات العشرة لنفسه؛ لأن رب السلم قد أقر له بعشرة، ولا وجه إلى قبولها لإثبات الشعير؛ لأنه يثبت الشعير للغير، والبينة لا تقبل على إثبات حق الغير، ولكن الوجه في ذلك أن بينة المسلم إليه إنما تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه، وكما تقبل بينة الإنسان لإثبات الحق على نفسه تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه، ألا ترى أن بينة المودع على الرد مقبولة لإسقاط اليمين عن نفسه؛ لأن البراءة حاصلة بقوله: رددت، وإن أقاما البينة إن لم يتفرقا عن مجلس العقد بعد، فعند محمد رحمه الله تعالى: يقضى بعقدين، يقضى على رب السلم بعشرين درهمًا، وعلى المسلم إليه بكر حنطة وكر شعير، وإن تفرقا عن المجلس، وقد نقد رب السلم عشرة لا غير، يقضى بعقد واحد بينة رب السلم، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يقضى بعقد واحد ببينة رب السلم على كل حال.

فالأصل عند محمد رحمه الله تعالى في جنس هذه المسائل: أن يقضى بسلمين ما أمكن، فإن لم يمكن لضرورة، حينئذٍ يقضى بسلم واحد، وإنما كان الأصل القضاء بعقدين؛ لأنه اجتمع ما يوجب القضاء بعقدين، فإن كل واحد منهما ادعى عقدًا غير العقد الذي ادعاه صاحبه، فإن العقد على الحنطة غير العقد على الشعير، وما يوجب القضاء بعقد واحد فإنهما مع اختلافهما اتفقا على أنهما لم يجز بينهما إلا عقد واحد، فكان القضاء بعقدين [وفيه عمل

بالبينتين وبدعوى العقدين صورة أولى من القضاء بعقد واحد][1]، وفيه تعطيل إحدى البينتين.

إذا ثبت هذا فنقول: ما دام في مجلس العقد أمكن القضاء بالعقدين، إذ يمكن القضاء بعشرين في كل عقد بعشرة، إذ لا يمكن بقدر رأس مال كل عقد في مجلس، أما إذا تفرقا عن المجلس، وقد نقد رب السلم عشرة لا غير، لا يمكن القضاء بعقدين إذا لم ينعقد رأس مال أحدهما في المجلس، فيقضى ببينة رب السلم؛ لأن رب السلم بينته تثبت الحق لنفسه، والمسلم إليه يثبت الحق لغيره.

١٢٩٦٦- والأصل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: القضاء بسلم واحد إلا إذا تعذر، فيقضى بسلمين حينئذ على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-، وإنما كان الأصل هو القضاء بعقد واحد تقليلا لما يأباه القياس؛ لأن القياس يأبى جواز السلم؛ لأنه بيع ما ليس عند الناس.

١٢٩٦٧- إذا ثبت هذا فنقول: القضاء بعقد واحد هنا ممكن برد بينة المسلم إليه؛ لأن بينة المسلم إليه قامت على إثبات [العشرة لنفسه، وعلى إثبات الشعير لغيره، والعشرة ثابتة له بإقرار رب السلم، فلا تقبل بينة من هذا الوجه، وكذلك لا تقبل بينته على إثبات الشعير؛ لأن البينة على الشعير قامت على إثبات][2] ما أقر به للغير، والبينة على إثبات ما يقر به الإنسان لغيره غير مقبولة، فإن من أقر لإنسان بشيء، وكذبه المقر له، فقال المقر: أنا أقيم البينة على ذلك، لا تقبل بينته، فهو معنى قولنا: أمكن رد بينة المسلم إليه، فيمكن القضاء بعقد واحد ببينة رب السلم من هذا الوجه، فيقضى به، وإن اختلفا [في قدر المسلم فيه، فهذا وما لو اختلفا في جنس المسلم فيه سواء، إذ المعنى لا يوجب الفصل، وإن اختلفا][3] في صفة المسلم فيه، ولا بينة لواحد منهما، القياس أن يتحالفان، وفي الاستحسان لا يتحالفان، وبالقياس نأخذ.

وجه الاستحسان: أنهما اختلفا في صفة المبيع، فلا يتحالفان، كما في بيع العين، وجه القياس: أن الاختلاف في صفة المسلم فيه، وإنه دين بمنزلة الاختلاف في أصل المعقود عليه في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بيع العين، بأن قال المشترى: اشتريت منك هذا الكر [وقال البائع: لا، بل بعتك هذا الكر][1] الآخر، وهذا لأن الدين غائب عنا نعرفه بصفته، فيختلف أصله باختلاف صفته، وهو معنى قولنا: الاختلاف فى صفة المسلم فيه، وأنه دين بمنزله الاختلاف فى أصل المعقود عليه فى بيع العين.

١٢٩٦٨- ولو اختلفا فى أصل المعقود عليه فى بيع العين [تحالفا، كذا ههنا، بخلاف ما إذا اختلفا فى صفة المعقود عليه فى بيع العين][2] أنه عشرة أذرع، أو أحد عشر؛ لأن المعقود عليه عين مشار إليه، والعين المشار إليه قط لا يصير عينين باختلاف الصفة، فيكون الاختلاف واقعًا فى الصفة، لا فى المعقود عليه، والاختلاف فى صفة المعقود عليه لا فى المعقود عليه لا يوجب التحالف؛ لأن هذا ليست باختلاف فيما هو من صلب العقد الذى لا يوجد العقد بدونه، ألا ترى أن البيع يوجد بدون هذه الصفة، فكان بمنزلة ما إذا اختلفا فى شرط ملحق بالعقد الذى يوجد بدونه العقد، وذلك لا يوجب التحالف، كذلك ههنا.

والمعنى فى ذلك: أن التحالف عرف بخلاف القياس بالنص فيما إذا وقع الاختلاف فيما هو من صلب العقد الذى لا يوجد العقد بدونه، فيبقى ما وراءه على أصل القياس، فإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته طالبًا كان أو مطلوبًا لما مرّ، وإن أقاما جميعًا البينة، فعلى قولهما: لا شك أنه يقضى بعقد واحد ببينة رب السلم، كما لو اختلفا فى جنس المسلم فيه، أو فى قدره، وأما على قول محمد رحمه الله تعالى: ذكر فى بعض المواضع: أنه يقضى بعقدين، وأنه قياس، وبه نأخذ؛ لأن الاختلاف فى صفة الدين على جواب القياس جعل بمنزلة الاختلاف فى أصل المعقود عليه [فى حق التحالف، فكذا فى حق القضاء بالعقدين يجعل بمنزلة الاختلاف فى أصل المعقود عليه][3] هذا إذا اختلفا فى المسلم فيه، ورأس المال شىء لا يتعين بالتعيين.

١٢٩٦٩- فإن اختلفا فى جنسه، بأن قال: رب السلم أسلمت إليك عشرة دراهم فى كر حنطة، وقال المسلم إليه: لا، بل أسلمت إلى دينارًا فى كر حنطة، ولا بينة لواحد منهما، وأنهما لا يتحالفان قياسًا، ويكون القول قول رب السلم؛ لأنهما اتفقا على حق رب السلم،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "ظ".

واختلفا فى حق المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه يدعى الدينار، ورب السلم ينكر، فالقول قول المنكر فى الشرع، وفى الاستحسان: يتحالفان، كما إذا اختلفا فى جنس الثمن فى بيع العين، وإن أقاما البينة، فعند محمد رحمه الله تعالى: يقضى بعقدين يقضى على رب السلم بدينار وعشرة دراهم، ويقضى على المسلم إليه بكرى حنطة إن لم يتفرقا عن مجلس العقد؛ لأن القضاء بعقدين على هذا الوجه ممكن؛ لأن رأس المال دين، والمسلم فيه كذلك، ومحل الدين الذمة، وفى الذمة سعة، فأمكن القضاء بعقدين، ومن أصله القضاء بعقدين إلا فى موضع التعذر، ولم يذكر فى الكتاب قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فى هذه الصورة.

وذكر ابن سماعة فى "نوادره": عنهما أنه يقضى بعقدين، وذكر الكرخى أنه يقضى بعقد واحد ببينة المسلم إليه، وهو الصحيح؛ لأن الأصل عندهما أن يقضى بعقد واحد ما أمكن، وأمكن القضاء بعقد واحد برد بينة رب السلم؛ لأن بينته قامت على إثبات العشرة، وكر حنطة، وكر حنطة ثابت له بإقرار المسلم، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، والعشرة ثابتة للمسلم إليه بإقرار رب السلم، فبينة رب السلم قامت فى حق العشرة على إثبات ما أقر به لغيره، فهو معنى قولنا: أمكن رد بينة رب السلم، فأمكن القضاء بعقد واحد، فيقضى به.

١٢٩٧٠- وإن وقع الاختلاف فى قدر رأس المال، أو صفته، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وقع الاختلاف فى صفة المسلم فيه، أو قدره، فأما إذا اختلفا فى المسلم فيه، وفى رأس المال، ورأس المال شىء لا يتعين بالتعيين إن اختلفا فى جنس المسلم فيه، وفى جنس رأس المال، ولا بينة لواحد منهما، يتحالفان قياسًا واستحسانًا؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًّا، ومدعى عليه؛ لأن المسلم إليه يدعى الدينار على رب السلم، ورب السلم ينكر، ورب السلم يدعى الحنطة على المسلم إليه، والمسلم إليه ينكر، فيتحالفان قياسًا واستحسانًا، كما فى بيع العين، فإن أقام أحدهما بينة، قبلت بينته، وإن أقاما البينة، يقضى بالعقدين إن لم يتفرقا عن مجلس العقد بلا خلاف، أما عند محمد رحمه الله تعالى فظاهر، وأما عندهما فلأن عندهما إنما يقضى بعقد واحد عند الإمكان، ولا إمكان ههنا؛ لأن إمكان القضاء بعقد واحد، إما برد إحدى البينتين، أو بقبول كل واحد منهما فى إثبات الزيادة مع القضاء بعقد واحد، وهنا تعذر القضاء بعقد واحد برد إحدى البينتين؛ لأن كل واحدة منهما قامت فى موضعها، ومحلها؛ لأن رب السلم [أقام البينة على الحنطة، والحنطة غير ثابتة له بإقرار المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه منكر للحنطة، والمسلم إليه أقام بينة على الدينار، والدينار غير ثابت له بإقرار رب

السلم؛ لأن رب السلم][1] منكر للدينار، فهو معنى قولنا: تعذر رد البينتين، وتعذر قبول كل واحد فى إثبات الزيادة مع القضاء بعقد واحد؛ لأن الزيادة إنما تتحقق فى جنس واحد، لا فى جنسين مختلفين، فالدينار لا يصلح زيادة فى الدراهم، والدراهم لا تصلح زيادة فى الدنانير، والحنطة لا تصلح زيادة فى الشعير، وكذا الشعير لا يصلح زيادة فى الحنطة، فتعذر القضاء بعقد واحد من هذا الوجه، فيقضى بعقدين ضرورة، وإن وقع الاختلاف فى قدر المسلم فيه، وفى قدر رأس المال، ولا بينة لهما يتحالفان، وإذا أقام أحدهما بينة، قبلت بينته، وإن أقاما البينة قضى بعقدين عند محمد رحمه الله تعالى إن لم يتفرقا عن مجلس العقد، وعندهما يقضى بعقد واحد، إذ القضاء بعقد واحد ممكن، بأن يقبل كل واحد منهما على إثبات الزيادة فى عقد واحد على ما أقر له صاحبه؛ لأن الجنس واحد، فيمكن القضاء بكل واحدة من البينتين فى عقد واحد من حيث إثبات الزيادة من غير إثبات عقد آخر، فلا ضرورة إلى القضاء بعقدين، فيقضى على رب السلم بعشرين ببينة المسلم إليه، ويقضى على المسلم إليه بكرى حنطة ببينة رب السلم، وإن اختلفا فى صفة رأس المال والمسلم فيه، فالجواب فيه كالجواب فى حق التحالف أن يتحالفا قياسًا واستحسانًا؛ لأن كل واحد منهما صار بدعواهما مدعيًا ومدعى عليه، فيتحالفان قياسًا واستحسانًا، والجواب فى البينة عندهم جميعًا كالجواب فيما إذا اختلفا فى صفة المسلم فيه، وفى صفة رأس المال لا غير، فكل جواب عرفت ثمه فى حق إقامة البينة عندهم جميعًا، فهو الجواب ههنا، هذا الذى ذكرنا إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير.

١٢٩٧١- المسألة الثانية: إذا كان رأس المال عينًا، بأن كان عرضًا إذا اختلفا فى جنس المسلم فيه، فإن الجواب فى التحالف أن لا يتحالفان قياسًا، ويكون القول قول المسلم إليه؛ لأنهما اتفقا على حق المسلم إليه، واختلفا فى حق رب السلم؛ لأن رب السلم يدعى الحنطة، والمسلم إليه ينكر، فيجب أن يكون القول قول المسلم إليه، ولا يتحالفان، ولكن فى الاستحسان يتحالفان، ثم الجواب إلى آخره على ما قلنا، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بعقد واحد منهم جميعًا، أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله تعالى، فلا إشكال؛ لأن عندهما يقضى بسلم واحد مع إمكان القضاء بسلمين، فحال عدم الإمكان أولى، وأما على قول محمد رحمه الله تعالى فلأنه تعذر القضاء بعقدين؛ لأن رأس المال عين، والعين متى جعل رأس المال فى السلم لا يمكن أن يجعل رأس مال فى سلم آخر إلا بعد إثبات الشراء ثانيًا من المسلم إليه، ولا يمكن إثبات الشراء؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشهود لم يشهدوا بذلك لتعذر القضاء بعقدين، فوجب القضاء بعقد واحد، بخلاف ما لو كان رأس المال دراهم أو دنانير؛ لأنه يجب دينًا في الذمة، وفي الذمة سعة، فيمكن القضاء بعشرين، كما يمكن بعشرة، فقد أمكن القضاء بعقدين، فلايقضى بعقد واحد.

١٢٩٧٢- وإن اختلفا في قدر المسلم فيه، فالجواب في حق التحالف والبينة كالجواب في الفصل الأول عندهم جميعًا، وإن اختلفا في صفة المسلم فيه، إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقياس على ما مضى أن يتحالفا، وفي الاستحسان لا يتحالفان، وبالقياس نأخذ، ثم الجواب إلى آخره على ما بينا، وإن قامت لأحدهما، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، يقضى بعقد واحد عندهم جميعًا؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن، إلا بعد الشراء ثانيًا من المسلم إليه، والشهود لم يشهدوا ثانيًا بالشراء، فإن اختلفا في جنس رأس المال، ولم تقم لأحدهما بينة، القياس أن لا يتحالفان، ويكون القول قول رب السلم، وفي الاستحسان يتحالفان، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته؛ لما بينا.

وإن أقاما جميعًا البينة فعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يقضى بعقدين؛ لأن القضاء بالعقدين ممكن؛ لأن كل فريق يشهد بعين ما لم يشهد به الآخر، والقضاء بعينين في عقدين ممكن، فيقضى بعقدين، كما لو اختلفا في جنس رأس المال، ورأس المال دين، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يقضى بعقد واحد على رواية الكرخي، وهو الأصح، لأن القضاء بعقد واحد ممكن برد إحدى البينتين، وهي بينة رب السلم؛ لأنها قامت على إثبات ما هو ثابت له بإقرار المسلم إليه، وفي جانب رأس المال قامت على إثبات إقراره لغيره، وعلى نفي ما يدعي المسلم إليه، ولما أمكن رد إحدى البينتين أمكن القضاء بعقد واحد، وإن اختلفا في مقداره إن لم يقدم لأحدهما بينة، فالقياس أن يكون القول قول رب السلم، ولا يتحالفان؛ لأن المسلم إليه يدعي زيادة ثوب في رأس المال، وهو ينكر وفي جانب المسلم فيه اتفقا على أنه كر حنطة، إلا أنهما يتحالفان استحسانًا [بالأثر][1]، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، يقضى بعقد واحد عندهم؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن؛ لأن أحد الثوبين باتفاق البينتين صار رأس المال في عقد، فلا يتصور أن يجعل رأس المال في عقد آخر إلا بإدراج زيادة لم يشهدوا بها الشهود، وهو الشراء، وإن اختلفا في صفته إن لم يتقم لأحدهما بينة؛ فإنهما لا يتحالفان قياسًا واستحسانًا، ويكون القول قول رب السلم؛ لأنهما اختلفا في صفة رأس المال، وهو عين، فكان بمنزلة ما لو اختلفا في صفة المعقود عليه في بيع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

العين، فيكون القول قول المنكر للزيادة قياسًا واستحسانًا، فإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بعقد واحد عندهم جميعًا؛ لأن رأس المال واحد عين، وإن اختلفا [فيهما إن اختلفا](١) فى جنس رأس المال، وفى جنس المسلم فيه إن لم يكن لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان قياسًا واستحسانًا؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة يقضى بعقدين، لما ذكرنا فيما إذا اختلفا فى جنس رأس المال، والمسلم فيه وهما دينان، وإن اختلفا فى قدر رأس المال والمسلم فيه، إن لم تكن لأحدهما بينة، فالجواب فى التحالف، أنهما يتحالفان قياسًا واستحسانًا.

وإن قامت لأحدهما بينة، يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بعقد واحد عندهم جميعًا، ويقبل بينة كل واحد منهما فى إثبات الزيادة؛ لأن القضاء بعقدين متعذر لما ذكرنا، ويمكن العمل بالبينتين من حيث إثبات الزيادة؛ لأن الجنس واحد من الجانبين، فأما إذا اختلفا فى صفة رأس المال والمسلم فيه، وإن لم يقم لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان قياسًا واستحسانًا، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بعقد واحد، ، وتقبل بينة كل واحد منهما فى إثبات الزيادةفيقضى بثبوت أحد عشر ذراعًا، وبكر حنطة جيدة؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن رأس المال عين، ولا بد من قبول كل واحد من البينتين؛ لأنها قامت على إثبات ما هو غير ثابت، فيقضى بعقد واحد، ويقضى بالزيادة الثابتة بالبينتين، هذا الذى ذكرنا كله إذا اختلفا فى المسلم فيه، أو فى رأس المال أو فيهما.

١٢٩٧٣- الوجه الثانى: إذا اختلفا فى بيان مكان الإيفاء، فقال الطالب: شرطت لى الإيفاء فى مكان كذا، وقال المطلوب: لا بل شرطت لك الإيفاء فى مكان كذا دون ذلك المكان، ولم يقم لهما بينة، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يتحالفان قياسًا واستحسانًا، ويكون القول قول المسلم إليه مع يمينه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: بأنهما يتحالفان استحسانًا، فأما أبو يوسف ومحمد ذهبا فى ذلك إلى أنهما اختلفا فى مقدار المسلم فيه من حيث المعنى، أو فى مقدار رأس المال، فيتحالفان، كما لو اختلفا فى مقدار المسلم فيه حقيقةً، أو فى مقدار رأس المال، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن المسلم إليه يلزمه زيادة قفيز، أو قفيزين لمؤنة الكراء متى لزمه النقل إلى المكان الذى يدعيه رب السلم يلزمه زيادة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

دراهم لو لزمه النقل من المكان الذى يدعيه المسلم إليه ، ومؤنة الكراء تلتحق بأصل المال حتى كان له أن يضم مؤنة الكراء إلى الثمن ، ويبيعه مرابحة على الكراء ، وإذا صارت مؤنة النقل ملحقة بأصل المعقود عليه ، وكان رب السلم يدعى عليه اثنى عشر ، قفيزًا بعشرة دراهم ، وهو يقول : عشرة أقفزة ، فكان المسلم إليه يدعى عليه أحد عشر ، أو اثنى عشر درهمًا بكر حنطة ورب السلم يقول : عشرة دراهم ، فنزل اختلافهما فى بيان مكان الإيفاء من حيث المعنى بمنزلة اختلافهما فى مقدار المسلم فيه ، أوفى رأس المال ، وذلك مما يوجب التحالف ، فكذا هذا ، وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى مقدار الأجل ، فإنهما لا يتحالفان ، ويكون القول لرب السلم فى الزيادة ؛ لأن الاختلاف فى الأجل ليس باختلاف فى المعقود عليه ، ولا فى بدله لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث المعنى ، وذلك لأن رب السلم لا يلزمه زيادة مال بسبب زيادة الأجل ، والمسلم إليه لايلزمه زيادة مال بسبب نقصان الأجل ، فلايكون الاختلاف فى الأجل اختلافًا فى المعقود عليه ، ولا فى بدله ، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس بالنص ، والنص إنما ورد بإيجاب التحالف إذا اختلفا فى بدل المعقود عليه ، أو فى المعقود عليه ، فإذا لم يوجد الاختلاف فى المعقود عليه ، ولا فى بدله لا حقيقةً ولا معنًى ، يرد إلى ما يقتضيه القياس ، والقياس يوجب أن يكون القول قول المنكر ، وعلى المدعى البينة ، فهذا .

وأما أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه ذهب فى ذلك إلى أن التحالف وجب نصًّا ، بخلاف القياس ، والنص الوارد بإيجاب التحالف متى اختلفا فى المعقود عليه ، أو فى بدله ، لا يكون واردًا دلالة فيما إذا اختلفا فى مكان الإيفاء ؛ لأن مؤنة الكراء معقود عليه من وجه ، وليس بمعقود عليه من وجه من حيث إنه بإزاءه بدل ما يقابله ، لم يكن معقودًا عليه ، ومن حيث إنه مال يلزمه بسبب تسليم المعقود عليه ، كان معقودًا عليه ، ولهذا قالوا فى بيع المرابحة : إنه يقول : قام على بكذا ، ولايقول : اشتريت بكذا ، ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى : إنهما إذا أقاما جميعًا البينة ، فإنه لا يقضى بعقدين ، وإن أمكن القضاء بالعقدين .

١٢٩٧٤- كما إذا اختلفا فى مقدار الأجل ، وقامت لهما بينة ، وإذا كان بمنزلة المعقود عليه من وجه دون وجه ، لم يكن النص الوارد بإيجاب التحالف متى اختلفا فى المعقود عليه ، أو فى بدله من كل وجه ، وأرادا هنا[1] دلالة ، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس ، والقياس يقتضى أن يكون القول قول المسلم إليه مع يمينه ؛ لأن رب السلم يدعى عليه زيادة ، وهو ينكر ذلك ، أو يقال : اختلفا فى شرط ملحق بالعقد يوجد العقد بدونه ، فلا يوجب التحالف ، وإن

---

(١) وفى "م" : من كل وجه واردا هنا ، ولأنه ورد هذا إلى ما يقتضى القياس إياه ، والقياس يقتضى .

كان لا يصح العقد إلا به، قياسًا على الأجل، وإنما قلنا ذلك؛ لأن بيان مكان الإيفاء شرط ملحق بالسلم، والسلم يوجد بدون مكان الإيفاء، إلا أنه يكون فاسدًا كالأجل.

والدليل على أن الاختلاف في المكان[1] كالاختلاف في الأجل أن الأسعار تختلف باختلاف المواضع والأمكنة، كما تختلف باختلاف الأيام والأزمنة، ألا ترى أن التجار يجلبون الطعام وغيره من السلع من بلد إلى بلد لطلب الربح، كما يحبسونها من وقت إلى وقت رجاء للربح بسبب تغير السعر، ثم الاختلاف في الأجل لم يوجب التحالف، فكذا في بيان مكان الإيفاء.

والجواب عما قالا قلنا: إن كان الاختلاف في بيان مكان الإيفاء اختلافًا في قدر المسلم فيه في رأس المال معنى، فمن حيث الحقيقة اختلاف في شرط ملحق للعقد يوجد العقد بدونه، كالأجل، فيجب التحالف من وجه لا يجب من وجه، فلا يجب، لهذا إن لم تقم لأحدهما بينة، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته طالبًا كان أو مطلوبًا لما ذكرنا.

١٢٩٧٥- وإن أقاما جميعًا البينة، ذكر أنه يقضى ببينة الطالب؛ لأن في بينته زيادة إثبات، وهو النقل إلى المكان الذي يدعيه تنفيه بينة المسلم إليه، فكانت أولى بالقبول، ويقضى بعقد واحد، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا إشكال؛ لأن على مذهبه لو اختلفا في مقدار المعقود عليه من حيث الحقيقة، وقامت لهما بينة، فإنه لا يقضى بعقدين، فهذا أولى.

وإنما يشكل على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن الأصل عنده أن يقضى بعقدين متى اختلفا في مقدار المعقود عليه على الحقيقة ليكون عملا بالبينتين، وهنا قال: يقضى بعقد واحد مع إمكان القضاء بعقدين، بأن يقضى ببينة رب السلم بعشرة دراهم في كر حنطة إلى المكان الذي ادعاه رب السلم، وبينة المسلم إليه بعشرة دراهم في كر حنطة إلى المكان الذي يدعيه المسلم إليه، ولكن وجه الفرق له، ذكرنا أن مؤنة الكراء معقود عليه من وجه دون وجه على ما بينا، والاختلاف في مقدار المعقود عليه من كل وجه، ورأس المال دين يوجب القضاء بعقدين متى قامت لهما بينة على مذهبه، والتحالف إذا لم تقم لهما بينة، والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه من كل وجه، كالأجل لا يوجب القضاء بعقدين متى قامت لهما بينة، ولا التحالف إذا لم يقم لهما بينة، فإذا كان بينهما بينة، عملنا بالشبهين في حق حكمين مختلفين فعملنا بشبه المعقود عليه في حق التحالف ليمكننا العمل بالشبه الآخر؛ لأنا متى عملنا بشبه المعقود عليه في حق القضاء بعقدين، يلزمنا إظهار هذا الشبه في حق التحالف من طريق الأولى؛ لأن

(١) وفي "م": أن الاختلاف في الأجل كالاختلاف في المكان.

التحالف أسهل ثبوتًا من القضاء بعقدين، حتى وجب التحالف فى بيع العين فى موضع لا يجب القضاء بعقدين، كما لو اختلفا فى بيان [مقدار الثمن، لاغير، فلهذا أظهرنا شبهة المعقود عليه فى حق التحالف، دون القضاء بعقدين، هذا الذى ذكرنا إذا اختلفا فى بيان][١] مكان الإيفاء.

١٢٩٧٦- الوجه الثالث: ما إذا اختلفا فى الأجل، فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن اختلفا فى أصل الأجل، بأن قال أحدهما: كان بأجل، وقال الآخر: كان بغير أجل، أو اختلفا فى مقدار الأجل، بأن قال رب السلم: كان الأجل شهرًا، وقال المسلم إليه: لا بل شهرين، واختلفا فى المضى، بأن قال رب السلم: كان شهرًا، وقد مضى، وقال المسلم إليه: لم يمض بعد، وإنما أسلمت إلى الساعة.

فإن اختلفا فى أصل الأجل، فهذا على وجهين: إما أن يكون مدعى الأجل الطالب أو المطلوب، فإن كان مدعى الأجل هو الطالب، والمطلوب ينكر، ولم تقم لهما بينة، فالقياس أن يكون القول قول المطلوب مع يمينه [وفى الاستحسان يكون القول قول الطالب مع يمينه][٢]، وجه القياس فى ذلك، وهو: أن المطلوب بإنكار الأجل، وإن كان يدعى فساد العقد، إلا أنه يدفع استحقاق مال عن نفسه بدعوى الفساد، فيكون القول قوله إذا لم يسبق منه إقرار بالجواز، بيان ما قلنا: إن السلم فى جانب المسلم [إليه بيع بأقل الثمنين، فيكون ما يستحق عليه من المسلم][٣] فيه أكثر مما يحصل له من رأس المال، فكان دافعًا عن نفسه استحقاق مال بدعوى الفساد، فيكون القول قوله.

١٢٩٧٧- وإن كان مدعيًا لفساد العقد، كالمضارب ورب المال إذا اختلفا، فقال رب المال: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، وقال المضارب: شرطت لى الثلث، أو النصف، كان القول قول رب المال، وإن كان مدعيًا للفساد بما ادعى؛ لأنه دافع بدعوى الفساد استحقاقًا عن نفسه على ما مر بيانه قبل هذا.

وللاستحسان طريقان فى ذلك: أحدهما: أن يقال: أن المطلوب لما أقر بالسلم، فقد أقر بالأجل؛ لأن السلم عبارة عن أخذ مال عاجل بآجل، فصار مقرًا بالآجل راجعًا عنه،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ظ".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فلايصدقه فى الرجوع.

والثانى: وهو أن المطلوب بإنكار الأجل يدعى فساد العقد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقًا؛ لأن المسلم فيه غير مستحق للحال متى ثبت الأجل جاز العقد، وإذا لم يكن المسلم فيه مستحقًا عليه للحال حتى ثبت جواز العقد، لا يكون بدعوى الفساد دافعًا استحقاقًا عن نفسه للحال، وأحد المتعاقدين إذا ادعى الفساد، والآخر يدعى الصحة، ومدعى الفساد ليس بدافع استحقاقًا عن نفسه بما يدعى من الفساد، فإنه لا يصدق فى دعوى الفساد، كما فى النكاح، وكما فى المضارب على ما مر.

هذا إذا كان الطالب هو مدعى الأجل، فأما إذا كان المطلوب هو مدعى الأجل، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه القول قوله: استحسانًا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى: القول قول الطالب قياسًا، وجه قولهما: أن الطالب بإنكار الأجل وإن كان يدعى فساد العقد، إلا أنه بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال للحال؛ لأن رأس المال يستحق عليه للحال فى السلم متى ثبت جواز السلم، ولا يحصل له للحال عوض، إنما يحصل له فى الزمان الثانى؛ لأن المسلم فيه آجل، والآجل لا يعادل العاجل؛ لأن النقد خير من النسيئة، وقد ذكرنا أن أحد المتعاقدين إذا ادعى الفساد، يكون القول قوله، إذا كان دافعًا عن نفسه استحقاقًا، بخلاف ما لو أنكر المطلوب الأجل، وادعى الطالب ذلك؛ لأن المطلوب بإنكار الأجل يدعى فساد العقد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقًا للحال؛ لأن المسلم فيه لا يستحق عليه للحال متى جاز العقد، فيكون القول قول من يدعى الصحة.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أن كل واحد منهما بإنكار الأجل، مدعى للفساد من غير دفع الاستحقاق عن نفسه، فيكون القول قول من يدعى الجواز، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن ما يحصل لكل واحد منهما فى باب السلم مثل ما يستحق عليه من حيث المعنى فى جانب المسلم إليه إن كان يستحق عليه زيادة؛ لأنه بيع بأقل الثمنين من جانبه، فهو آجل، وما يحصل له، وإن كان ناقصا، فهو عاجل، والعاجل وإن كان قليلا خير من الآجل، والزائد خير من الناقص، فكان فى كل واحد من البدلين ضرب نقصان، ونوع زيادة، فاستويا، فالتحق السلم لهذا المعنى بالنكاح، وبيع العين، فسقط اعتبار الاستحقاق فى كل واحد من الجانبين، كأنه لا استحقاق أصلا، فصار المنكر للأجل مدعيًا للفساد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقًا، فيكون القول قول من يدعى الصحة، وهذا بخلاف رب المال إذا ادعى فساد المضاربة؛ لأنه دافع عن نفسه استحقاق مال؛ لأن ما يستحق عليه خير مما يحصل له؛ لأنه يستحق عليه عين

مال، ويحصل له منفعة، والعين خير من المنفعة، وفي باب السلم ما يحصل لكل واحد منهما عين مال، إلا أن في كل واحد منهما نوع نقصان ونوع زيادة [فاستويا][1]، وإذ استويا زال اعتبار الاستحقاق من الجانبين، فيبقى دعوى الفساد من غير دعوى الاستحقاق، فيكون القول قول من ينكر الفساد؛ لأن الظاهر يصلح لدفع المعصية عن فعل الغير.

هذا إذا لم يقم لأحدهما بينة، وإن قامت لأحدهما بينة، قبلت بينته، وإن أقاما البينة، فالبينة من يدعى الأجل؛ لأنه يثبت زيادة شرط في العقد، ليست في بينة الآخر.

١٢٩٧٨- هذا إذا اختلفا في أصل الأجل، وإن اختلفا في مقدار الأجل، إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقول قول الطالب مع يمينه، ولا يتحالفان عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وقال زفر: يتحالفان، وجه قول زفر رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا»[2]، فقد أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين بلا فصل بينما إذا وقع الاختلاف بينهما في المعقود عليه، أو في بدله، أو في شرط ملحق بالعقد، ولو خليت وظاهر الحديث، لكنت أقول: بأنهما إذا اختلفا في الأجل، أو في خيار الشرط في بيع العين، يتحالفان، إلا أني تركت ظاهره بالإجماع، ولا إجماع في المتنازع فيه، فيبقى على ظاهره، ولأنهما متبائعان اختلفا فيما لا يجوز العقد بدونه، فوجب أن يتحالفا قياسًا على ما لو اختلفا في مقدار المسلم فيه، أو في مقدار رأس المال.

١٢٩٧٩- بخلاف ما إذا اختلفا في الأجل، أو في خيار الشرط في بيع العين، فإنهما لا يتحالفان؛ لأن الأجل في بيع العين، وخيار الشرط مما يجوز العقد بدونه، فلم يكن الاختلاف الواقع فيه كالاختلاف الواقع في مقدار الثمن، أو في مقدار المعقود عليه.

وعلماءنا رحمهم الله تعالى ذهبوا في ذلك إلى أن التحالف واجب، بخلاف القياس من الوجه الذي ذكرنا، والشرع علق وجوبهما باختلافهما في المعقود عليه، أو في الثمن؛ لأنه علق وجوب التحالف باختلاف المتبائعين، وهذا اسم مشتق من المبيع، فيتعلق وجوب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

(٢) أخرجه ابن عبد البر في "التمهيد" (٢٤/ ٢٩٤ و٢٩٥ و٢٩٩)، وذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٤/ ١٠٥): باب التحالف، ثم قال: ورواه الحاكم في "المستدرك" في البيوع، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، قال ابن القطان: وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود، ومع الانقطاع فعبد الرحمن بن قيس مجهول الحال، وكذلك أبوه قيس، وكذلك جده محمد، وبمعناه أخرج الشافعي في "الأم" (٦/ ٢٢٧).

التحالف باختلافهما فيما يوجد به البيع، والبيع يوجد بالمبيع وبالثمن، لا بالأجل ولا بشرط يلحق به، وإذا كان كذلك، صار تقدير الحديث كأنه قال: إذا اختلف المتبائعان فى المبيع، أو فى الثمن تحالفا، وترادّا، ولو نص على هذا لا يجب التحالف فى شرط ملحق به، ولا قياسًا، ولادلالة؛ لأن الشرط الملحق بالعقد دون المبيع والثمن، وأنهما متبائعان اختلفا فيما يوجد العقد بدونه، فوجب أن لا يتحالفان قياسًا على ما لو اختلفا فى الأجل والخيار فى بيع العين، وإنما قلنا ذلك؛ لأن السلم بدون الأجل يكون سلَمًا، إلا أنه يكون فاسدًا بخلاف ما اختلفا فى مقدار المسلم فيه، ورأس المال؛ لأنهما اختلفا فيما هو من صلب العقد الذى لا يوجد العقد بدونه.

هذا إذا لم تقم لأحدهما بينة، وإن قامت لأحدهما بينة، يقضى ببينته إن قامت للمطلوب فلأنه يثبت الزيادة، وإن قامت للطالب، فلأنه يثبت حادثًا، يسقط به الثمن عن نفسه، فتقبل كالمشترى إذا انفرد بإقامة البينة على ألف درهم، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المطلوب؛ لأنه يدعى زيادة الأجل، ففى بينته زيادة إثبات، ولا يقضى بعقدين عندهم جميعًا، عند أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا إشكال، وعند محمد لأن الاختلاف فى مقدار الأجل لا يجعل العقد عقدين، ولهذا لم يتحالفا، بخلاف ما إذا اختلفا فى مقدار المسلم فيه، أو فى رأس المال؛ لأن ما يدعيه كل واحد منهما من العقد غير ما يدعيه صاحبه، ولهذا تحالفا.

١٢٩٨٠- وإن اختلفا فى المضى، إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقول قول المطلوب أنه لم يمض؛ لأن الطالب يدعى توجه المطالبة بعد ما لم يكن متوجهًا، والمطلوب ينكر، فيكون المطلوب متمسكًا بما كان ثابتًا، فيكون القول قوله، وإن قامت لأحدهما بينة، تقبل بينته، وإن قامت للمطلوب، لا شك أنه تقبل؛ لأنه يثبت زيادة أجل ببينته، وإن قامت للطالب، فكذلك تقبل بينته؛ لأنه يدعى إيفاء الأجل، ويوجه المطالبة على المسلم إليه بعد ما لم يكن ثابتًا، فتقبل بينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المطلوب؛ لأن بينته تثبت زيادة أجل من حيث المعنى، فكان القول قوله فى شيء، والبينة بينته فى شيء آخر، وهذا جائز، كما فى المودع إذا ادعى الرد، كان القول قوله؛ لأنه منكر للضمان، والبينة بينته؛ لأنه مثبت للرد، كذلك هذا.

١٢٩٨١- الوجه الرابع: إذا وقع الاختلاف بينهما فى قبض رأس المال فى المجلس، فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض رأس المال، وأقام المسلم إليه البينة أنه قبض رأس المال قبل الافتراق، فإن كان رأس المال فى يد المسلم إليه، فالبينة بينة المسلم إليه، والسلم جائز؛ لأن بينته قامت على إثبات القبض، وبينة رب السلم قامت على النفى، والبينات مقبولة

للإثبات دون النفي.

والثاني: أن بينته تثبت عقداً جائزاً، وبينة رب السلم عقداً فاسداً، ولا يقال بأنه لا يدعي على رب السلم شيئًا إذا كان رأس المال في يده، بل يقر له بكر حنطة، ويريد أن يثبت إقراره لغيره، فكيف تقبل بينته؟

لأنا نقول: موضوع المسألة: أن رب السلم ينكر قبضه في مجلس العقد، ويدعي عليه غصبًا بعد التفرق، أو وديعة، حتى يكون مدعيًا استحقاق ما في يد المسلم إليه من الدراهم، فيكون القول قول المسلم إليه لإنكاره استحقاق ما في يده، وتقبل بينته أيضًا؛ لأنها قامت على الإثبات، وفي قبولها فائدة، وهو سقوط اليمين، ولو كانت الدراهم في يدي رب السلم، والمسلم إليه يقول: قبضت، ثم غصبت مني بعد ذلك، أو أودعتك، ورب السلم يقول: لم نقبض، وتفرقنا قبل القبض، وأقاما البينة، فالبينة بينة المسلم إليه؛ لأنها قامت على إثبات القبض، واستحقاق ما في يد رب السلم.

ثم ذكر محمد رحمه الله تعالى جواب هذه المسألة: فيما إذا قامت لهما بينة، ولم يذكر الجواب فيما إذا قامت لأحدهما بينة، أو لم تقم لهما بينة أصلا، ولا بد من معرفته، فنقول: إن قامت لأحدهما بينة على الوجه الذي ذكرنا إن قامت لرب السلم، لا تقبل؛ لأنها قامت على النفي، فلا تقبل، وإن كان لو قبلت، كان في قبولها استحقاق ما في يد المسلم إليه، كبينة رب الوديعة، لا تقبل على نفي الرد، وإن كان لو قبلت، كان في ذلك إيجاب الضمان، وبينة المسلم إليه تقبل؛ لأنها قامت على الإثبات، وفيها سقوط اليمين عنه، أو استحقاق ما في يد الطالب، وإن كان لم يقم لأحدهما بينة، فهذا على وجهين:

إما أن تكون الدراهم في يد المطلوب، أو في يد الطالب، فإن كان في يد المطلوب إن كان الطالب لا يدعي عليه غصبًا، ولا وديعة، وإنما يقول: ماقبضت رأس المال، فإنه لا يمين على واحد منهما؛ لأن اليمين يجب على المنكر، وأحدهما لا يدعي على صاحبه حقًا، أما المطلوب فإنه يقر بالسلم للطالب، وليس يدعي عليه شيئًا، والطالب يكذبه في إقراره، ولا يدعي على المطلوب شيئًا، وإن ادعى الطالب الغصب عنه، أو الوديعة بعد ما أنكر القبض في المجلس، فالقول قول المطلوب؛ لأن المطلوب أقر للطالب بكر حنطة، وكذبه الطالب فيما أقر له، وادعى على المطلوب استحقاق ما في يده من الدراهم، والمطلوب أنكر، فيكون القول قوله مع يمينه، كمن أقر لإنسان بدينار، وكذبه المقر له، وادعى عليه عشرة دراهم، وإن كانت الدراهم في يد رب السلم، فإن كان المطلوب ادعى القبض، ولم يدع على الطالب غصبًا ولا وديعة

بعد ذلك، فلا يمين على واحد منهما ؛ لأن المطلوب أقر للطالب بالسلم، وكذبه الطالب فى الإقرار، ولم يدع الطالب على المقر شيئًا، ولا المقر على الطالب شيئًا.

١٢٩٨٢- وإن ادعى المطلوب الغصب والوديعة بعد ما ادعى قبض رأس المال فى المجلس، وأنكر الطالب، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: القول قول المطلوب مع يمينه، فيحلف، ويجوز السلم، ويأخذ رأس المال من رب السلم، وذهبوا فى ذلك إلى أن المطلوب ادعى صحة العقد، ورب السلم ادعى فساده، فيكون القول قول من يدعى الصحة، كما لو اختلفا فى أصل الأجل، كان القول قول من يدعى الأجل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على كل حال، وإذا جعلنا القول قوله مع يمينه، وجوزنا السلم، وأثبتنا له استحقاق ما فى يد رب السلم، فيكون الاستحقاق مضافًا إلى إقرار الطالب؛ لأن الطالب يجعل مقرًا بالقبض، ثم ينكر؛ لأن السلم عبارة عن أخذ عاجل بآجل، فيصير مقرًا بتسليم رأس المال، ثم راجعًا بعد ذلك، فيكون الاستحقاق مضافًا إلى إقرار الطالب، لا إلى يمينه، كما فى الأجل.

١٢٩٨٣- وكما لو اختلف الزوجان فى النكاح بشهود وبغير شهود، جعل القول قول من يدعى النكاح بشهود، وإن كان يستحق ما يدعيه على صاحبه؛ لأنه يصير مستحقًا بإقراره، فإن الإقرار بالنكاح إقرار بالشهود؛ لأنه لاجواز للنكاح إلا بشهود.

ومنهم من قال: بأن هذا هكذا، إذا قال: الطالب للمطلوب لم يقبض مفصولا، بأن قال: أسلمت إليك، وسكت، ثم قال: إلا أنك لم تقبض، أو قال: أسلمت إليك ولم تقبض، بالعطف، لا بالاستثناء؛ لأنه مع العطف اعتبر مفصولا، كما فى المضاربة إذا قال رب المال: شرطت لك نصف الربح وعشرة، اعتبر هذا مفصولا، وكما فى الطلاق قبل الدخول اعتبر قوله: وطالق ثانيًا مفصولا، بخلاف الاستثناء، ومتى كانت الحالة هذه، يكون القول قول المطلوب مع يمينه؛ لأن السلم فى هذه الحالة عبارة عن التسليم، لا عن العقد، ولهذا قال: أن المطلوب إذا أقر بالسلم، ثم قال: إنى لم أقبض مفصولا، وقال رب السلم: قبضت، كان القول قول رب السلم استحسانًا مع يمينه، قال: لأن المطلوب أقر بالقبض، فإذا صار عبارة عن التسليم، صار رب السلم مقرًا بالقبض، ثم راجعًا عنه، فلا يصدق، وأما إذا قال موصولا، لم يقبض، والمطلوب يقول: قبضت، يجب أن يكون القول قول الطالب فى هذه المسألة، ولا يكون القول قول المطلوب؛ لأن السلم فى هذه الحالة جعل عبارة عن العقد، لا عن التسليم، ولهذا صدق المطلوب إذا أقر بالسلم، وأنكر القبض موصولا، وإذا جعل عبارة عن العقد،

لاعن اتسليم، لا يكون الطالب مقرّا بالقبض، ثم منكرًا للقبض بعد الإقرار، ومتى لم يجعل مقرّا بالقبض، متى جعلنا القول قول المطلوب مع يمينه، استحق بيمينه مالا ادعاه الطالب، واليمين حجة للدفع، لا للاستحقاق لظاهر الحال، بخلاف الأجل؛ لأن السلم لا جواز له بدون الأجل بحال من الأحوال، فإنه متى وقع بغير أجل، لا ينقلب جائزًا بضرب الأجل، فيكون الإقرار بالسلم لا محالة إقرارًا بالأجل، سواء اعتبر عقدًا أم تسليما، فأما السلم وهو العقد يجوز من غير قبض رأس المال، وإنما القبض شرط لبقاء العقد على الصحة، فأمكننا أن نجعل السلم عبارة عن العقد، لا عن القبض والتسليم.

١٢٩٨٤- الوجه الخامس: إذا جاء المسلم إليه بعد ما تفرقا عن المجلس ببعض رأس المال، وقال: وجدته زيوفًا، فإن صدقه بذلك رب السلم، كان له أن يرده على رب السلم، وإن كذبه في ذلك، وأنكر أن تكون من دراهمه، وادعى المسلم إليه أنه من دراهمه، فهذه المسألة على ستة أوجه، أما إن كان المسلم إليه أقر قبل ذلك، فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقي، أو قال: قبضت رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، وفي هذه الوجوه الأربعة لا يسمع دعواه الزيافة حتى لايستحلف رب السلم؛ لأنه مناقض في دعوى الزيافة؛ لأنه أقر بقبض الجياد أولا، أما في قوله: قبضت الجياد فظاهر، وأما في قوله: قبضت رأس المال؛ لأن حقه الجياد، ورأس المال الجياد، وأما في قوله: استوفيت الدراهم؛ لأن الاستيفاء عبارة عن تمام الحق، فكأنه قال: استوفيت الدراهم التي هي تمام حقي، وتمام حقه في الجياد.

١٢٩٨٥- وأما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقياس أن يكون القول قول رب السلم؛ لأن المسلم إليه يدعي على رب السلم فسخ القبض ليرجع عليه[1] بالجياد، ورب السلم ينكر، وفي الاستحسان القول قول المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه بدعوى الزيافة ينكر قبض حقه، ولم يسبق منه إقرار يناقض دعواه؛ لأنه لم يسبق منه إلا الإقرار بقبض مطلق الدراهم، واسم الدراهم مطلقًا، كما يتناول الجياد يتناول الزيوف، ورب السلم يدعي إيفاء الحق، فيكون القول قول المسلم إليه، وأما إذا قال: قبضت، ولم يقل: قبضت الدراهم، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه لو أقر بقبض الدراهم، ثم قال: وجدته زيوفًا، كان القول قول المسلم إليه، فههنا أولى.

١٢٩٨٦- وأما إذا قال: وجدتها ستّوقة، أو رصاصًا، ففي الوجوه الأربعة لا شك أن لا يقبل قوله، وكذلك في الوجه الخامس، وهو ما إذا قال: قبضت الدراهم؛ لأنه ينكر قبض

(١) وفي النسخة "ظ": ليرجع إليه.

الدراهم بعد ما أقر بقبض الدراهم؛ لأن الستّوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم.

وفى الوجه السادس وهو ما إذا قال: قبضت، يقبل قوله؛ لأنه أقر بمطلق القبض، لابقبض الدراهم، فبدعواه أن ما قبض ستّوقة، أو رصاصًا، لا يكون متناقضًا، وإذا جاء المسلم إليه بدراهم ستّوقة، أو رصاص، وجدها فى رأس المال، وقال: هذا نصف رأس المال، وقال رب السلم: هو ثلث رأس المال، فالقول قول المسلم إليه، ولو كان زيوفًا، أو نبهرجة، أو مستحقة، واختلفا فى مثل ذلك، فالقول قول رب السلم مع يمينه، ذكر القدورى المسألة على هذا الوجه.

والفرق وهو أن قبض المستحق والزيوف وقع صحيحًا، وإن كان أحدهما على سبيل النفاذ، والآخر على سبيل التوقف، وإنما ينتقض بالرد بعد الحكم بالصحة، فالمسلم إليه يدعى الانتقاض فى النصف، ورب السلم ينكر فيما زاد على الثلث، فيكون القول قول رب السلم مع يمينه، أما فى الستّوقة والرصاص القبض لم يقع صحيحًا، ولهذا لو تجوز به، لا يجوز، وكان الاختلاف فى قدر المقبوض، ورب السلم يدعى زيادة فى القبض، والمسلم إليه ينكر، فيكون القول قول المسلم إليه مع يمينه.

١٢٩٨٧- الوجه السادس: رجل قال لآخر: أسلمت إلى عشرة دراهم فى كر حنطة إلا أنى لم أقبضها، فإن ذكر قوله: إلا أنى لم أقبضها موصولا بكلامه، صدق قياسًا واستحسانًا، وإن ذكر مفصولا، بأن سكت ساعة، ثم قال: إلا أنى لم أقبضها، صدق قياسًا، ولم يصدق استحسانًا، وهذا لأن قوله: إلا أنى لم أقبضها، بيان تغيير، لا بيان تقرير؛ لأن قوله: أسلمت إلى على جواب الاستحسان صار عبارة عن قوله: أسلمت إلى رأس المال، لا عن قوله: باشرت معى عقد السلم؛ لأن قوله: أسلمت إن صار للعقد حقيقةً بسبب الشرع[1]، والاستعمال بقى للقبض حقيقةً بالشرع والاستعمال أيضًا، وترجح حقيقة القبض بحكم الوضع، وأنه فى الأصل موضوع للتسليم لا للعقد، وإذا ترجح أحد الاحتمالين على الآخر، صار الاسم للراجح حقيقةً، وللآخر مجازًا، وإذا صار هذا الاسم مجازًا للعقد، صار قوله: عنيت العقد إرادة للمجاز، وإرادة المجاز من الكلام يعتبر الكلام من حيث الحقيقة، ولكنه بيان من حيث إن العرب تتكلم بالحقيقة، ويريد به المجاز، فهو معنى قولنا: إن هذا بيان تغيير، فيصح موصولا لا مفصولا، ثم إذا لم يصدق على جواب الاستحسان، ذكر أن القول قول الطالب مع يمينه، ينبغى أن يستحلف الطالب على جواب الاستحسان؛ لأن

---

(١) وفى "م": بسبب التبرع، واستعمال الناس بقى للقبض.

قوله: أسلمت إلى على جواب الاستحسان صار عبارة عن قوله: أسلمت إلى رأس المال، ولو قال: أسلمت إلى رأس المال، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض، لا تصح دعواه، حتى لا يستحلف الطالب على دعواه؛ لأنه صار مناقضًا فى الدعوى، كذا ههنا، والجواب إنما لا يصدق فى دعوى العقد على طريق الاستحسان؛ لأنه ادعى المجاز من كلامه، لا لأنه ادعى مناقض؛ لأن المناقضة إنما تثبت بعد ما أقر من كل وجه، بأن قال: قبضت، ثم قال: لم أقبض، وههنا لم يقر بصريح القبض، وإنما أقر بالتسليم، وأنه يحتمل العقد مجازًا، وإن كان حقيقة للتسليم، لا للعقد، وإذا كان محتملا للمجاز، لا يصير مناقضًا فى قوله: لم أقبض، فيكون دعواه صحيحًا، ومن ادعى دعوى صحيحة، يستحلف خصمه على دعواه.

هذا إذا قال: أسلمت إلى، أما إذا قال: دفعت لى عشرة، أو قال: نقدتنى لكنى لم أقبضها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يصدق، وصل أم فصل، كما لو قال: قبضت، ثم قال: لم أقبض، وقال محمد رحمه الله تعالى: يصدق إن وصل، وإن فصل لا يصدق، والمسألة معروفة فى كتاب الإقرار -والله أعلم-.

نوع آخر منه
فى شرط الإيفاء، والحمل، ومسائلهما:

١٢٩٨٨- وإذا شرط رب السلم على المسلم إليه أن يوفيه السلم فى مصر كذا، ففى أى مكان دفعه إليه من ذلك المصر، فله ذلك، وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه فى موضع آخر، فقد جوز السلم من غير بيان مكان الإيفاء فى المصر، إنما فعل كذلك؛ لأن المصر مع تباين محلها، واختلاف أماكنها، جعل كمكان واحد حكمًا؛ لأن القيمة لا تختلف بتفاوت محالّ المصر، وإذا كان كذلك، صار مكان الإيفاء معلومًا، فجاز السلم، وله أن يوفيه فى أى مكان شاء من ذلك المصر لما جعل كمكان واحد من حيث الحكم، صار كأنه شرط عليه الإيفاء فى مكان واحد من حيث الحقيقة، ولو كان كذلك، ففى أى ناحية من ذلك المكان أوفى فله ذلك، وليس لرب السلم أن يعين مكانًا آخر، كذا ههنا.

١٢٩٨٩- وإن اختلفا، فقال رب السلم: شرطت إلى أن توفينى فى محلة كذا، وقال رب السلم: أعطيك فى محلة أخرى غير دارك، أجبر رب السلم على القبول؛ لما ذكرنا، وإذا شرط رب السلم أن يوفيه إياه فى مكان كذا، فقال المسلم إليه لرب السلم: خذه فى غير ذلك المكان، أو: خذ منى الكراء، فأخذه جائز، ولا يسلم له الكراء، أما إذا أخذ السلم، فلأنه

استوفى عين الحق، وأما عدم سلامة الكراء، فلأن المأخوذ صار ملكًا لرب السلم بالأخذ، فهذا إذا أخذ الكراء من المسلم إليه، فإنما أخذ الكراء لنقل ملك نفسه، والإنسان ينقل ملك نفسه لايستوجب الكراء على غيره، وإذا لم يسلم له الكراء، كان له الخيار، إن شاء أمسك المقبوض، ورد الكراء، وإن شاء رد المقبوض مع الكراء، ليوفيه في المكان المشروط؛ لأنه إنما رضي بقبضه في غير المكان المشروط بشرط أن يسلم له الكراء، فإذا لم يسلم له الكراء، فقد تغير عليه شرط القبض، فيخير، قالوا: وإنما يتخير إذا كان المقبوض قائمًا، وأما إذا هلك لا خيار له؛ لأنه إنما يثبت الخيار لينقض قبضه، وإنما يمكنه نقض قبضه قبل الهلاك، لا بعد الهلاك، فإذا شرط رب السلم على المسلم إليه أن يحمل السلم إلى منزله بعد ما أوفى في المكان الذي شرط فيه الإيفاء، بأن شرط عليه أن يوفيه السلم في درب سمرقند ببخاري، ثم يحمله إلى منزله بكلاباز، فلا خير في السلم على هذا الوجه؛ لأن بالإيفاء في المكان المشروط بدرب سمرقند يصير المسلم فيه ملكًا لرب السلم، فإذا شرط عليه الحمل إلى كلاباز، صار مستأجرًا له، أو مستعينًا به، فيكون إجارة، أو إعانة مشروطة في عقد السلم، فيوجب فساد السلم، كما في بيع العين، وكما لو اشترى حنطة على أن يطحنها المشتري.

هذا إذا شرط الحمل إلى منزله بعد الإيفاء في المكان المشروط، فأما إذا شرط الحمل إلى منزله ابتداء قبل اشتراط الإيفاء في محله في المصر، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب، وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول بجواز السلم استحسانًا، وكان يقول: اشتراط الحمل إلى منزله، واشتراط الإيفاء في منزله [سواء؛ لأن الإيفاء في منزله، لا يتصور بدون الحمل إلى منزله، ولو شرط الإيفاء في منزله][1] ابتداء أليس أنه يجوز السلم استحسانًا، فكذا إذا شرط الحمل إلى منزله، وكأنه يقول: إنما يفسد السلم باشتراط الحمل إلى منزله إذا كان اشتراط الحمل إلى منزله بعد اشتراط الإيفاء في مكان، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى.

وروى عن أبي عبد الله البلخي: أنه كان يقول: اشتراط الحمل إلى منزله يوجب فساد السلم، سواء كان ابتداء أو بعد شرط الإيفاء في مكان، ويروى ذلك عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، فإن ثبتت هذه الرواية عنهم، فالوجه في ذلك أن الإيفاء مما يقتضيه عقد السلم، فإنه يجب على المسلم إليه إيفاءه، واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط، لا يوجب الفساد، فأما لا يقتضي الحمل؛ لأن على المسلم إليه الإيفاء دون الحمل، وقد يتصور الإيفاء بدون الحمل،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بأن يشتريه المسلم إليه فى المكان المشروط، ويوفيه من غير حمل، فقد شرط فى السلم ما لايقتضيه، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيوجب الفساد، وهذا كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: فيمن اشترى وقر حطب، وشرط الحمل إلى منزله، لم يجز البيع قياسًا واستحسانًا؛ لأن البيع لا يقتضى الحمل، ولو شرط الإيفاء فى منزله، لم يجزئه استحسانًا؛ لأن البيع يقتضى الإيفاء، كذا ههنا، ولو شرط أن يوفيه إياه فى منزله بعد ما يوفيه فى محلة كذا، بأن قال: على أن توفينى فى درب سمرقند، ثم توفينى بعد ذلك فى منزلى بكلاباز، عامة المشايخ رحمهم الله تعالى: على أنه لا يجوز قياسًا واستحسانًا؛ لأن اشتراط الإيفاء فى منزله بعد الإيفاء فى مكان لايتصور إلا بالحمل، ولو شرط الحمل بعد الإيفاء، أليس أنه لا يجوز استحسانًا وقياسًا.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن سلام يقول: يجوز السلم استحسانًا؛ لأن شرط الإيفاء ثانيًا يفسخ شرط الإيفاء الأول؛ لأن الموفى لا يتصور إيفاءه ثانيًا، وإذا انفسخ الشرط الأول صار كأنه شرط الإيفاء إلى منزله لاغير، وهناك يجوز السلم استحسانًا، كذا ههنا.

١٢٩٩٠- وفى "المنتقى": بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا شرط فى السلم حمله إلى موضع كذا، فهو جائز، وهو قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه من قبل: إن الطعام فى ملك المسلم إليه، وضمانه حتى يسلمه، بخلاف ما لو شرط الحمل؛ لأن اشتراط الحمل لا يتضمن فسخ شرط الإيفاء؛ لأن الموفى يتصور حمله، وإذا لم ينفسخ الشرط الأول، بقى شرط الحمل شرط إجازة، أو إعانة، فيوجب فساد السلم، ولو شرط أن يوفيه إياه فى منزله ابتداء، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: المسألة على القياس والاستحسان، القياس أن لا يجوز، وفى الاستحسان يجوز، قال الحاكم الشهيد: وهذا القياس والاستحسان فيما إذا لم يبين منزله، ولم يعلم المسلم إليه أنه فى أى محلة، أما إذا بين، أو علم المسلم إليه ذلك، يجوز قياسًا واستحسانًا.

نوع آخر
من هذا الفصل فى الإقالة والصلح:

١٢٩٩١- يجب أن يعلم بأن الإقالة فى السلم جائزة؛ لأن السلم نوع بيع، فيجوز إقالته، كما يجوز إقالة سائر أنواع البيوع، وقد صح أن رسول الله ﷺ قال: «لا تأخذ إلا

سلمك أو رأس مالك»[١]، والمراد أخذ السلم حال قيامه، ورأس المال بعد انفساخه، فدلّ الحديث أن السلم قابل للفسخ والإقالة، ولو أقاله فى البعض، وأخذ البعض، جاز؛ لأنه لو أقاله فى الكل، يجوز، فيجوز فى البعض أيضًا اعتبارًا للبعض بالكل.

١٢٩٩٢- ولو أبرأ رب السلم المسلم إليه من المسلم فيه، يجوز، بخلاف ما لو أبرأ المسلم إليه رب السلم عن رأس المال، حيث لا يجوز، والفرق أن المسلم فيه ليس بمستحق حقًّا للشرع، بل هو لحق العبد، فيصح الإبراء عنه، أما قبض رأس المال يستحق حقًّا للشرع، ليخرج العقد من أن يكون دين بدين، فلا يصح الإبراء عنه، ومتى صحت الإقالة يجب على المسلم إليه رد رأس المال على رب السلم، وإن أراد رب السلم أن يستبدل برأس المال شيئًا بعد الإقالة، لم يجز استحسانًا، وبه أخذ علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ولقب المسألة أن الاستبدال برأس مال السلم الإقالة قبل القبض، هل يجوز؟ على قول علماءنا الثلاثة لا يجوز، وهذا استحسان.

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[٢]، ومتى جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الإقالة قبل القبض، صار آخذًا عين السلم، وعين رأس المال، والمعنى فيه أن الإقالة فى باب السلم قبل قبض رأس المال تمت من وجه من حيث إنها أفادت لرب السلم ملك الرقبة، ولم تتم من وجه من حيث إنها لم تفد لرب السلم ملك التصرف، وملك اليد، وحق رب السلم فى المسلم[٣] فيه يثبت بنفس العقد، ويتأكد بتسليم رأس المال، فما لم يقبض رأس المال، يكون حقه فى السلم فيه قائمًا من وجه، وإذا بقى حقه فى المسلم فيه[٤] من وجه، فما يأخذ من وجه بدلا عن رأس المال، وأنه جائز؛ لأنه وجب بسبب فسخ السلم لا بسبب السلم، ويأخذ من وجه بدلا عن المسلم فيه؛ لأن الإقالة من حيث إنها لم تتم بها كأنها لم توجد؛ لأنه لا حكم لها شرعًا من ذلك الوجه، فيصير مستبدلا بالمسلم فيه من وجه، وأنه يجوز، وبرأس مال السلم من وجه، وأنه لايجوز، وقع الشك فى الجواز، فلا يجوز بالشك والاحتمال، ولأجل ما ذكرنا من المعنى لم يشترط قبض رأس المال فى مجلس

---

(١) قد مضى تخريجه.

(٢) قد مضى تخريجه.

(٣) هكذا فى "م"، وكان فى النسخة "ظ": المسلم إليه.

(٤) هكذا فى "م"، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا: المسلم إليه.

الإقالة فى باب السلم؛ لأنا اعتبرنا حق السلم فى المسلم فيه من وجه لا يجب قبضه، كما لا يجب قبض المسلم فيه، وإن اعتبرنا حقه فى رأس المال، فكذلك لا يجب قبض رأس المال؛ لأنه لم يجب بعقد السلم؛ لأنه وجب بفسخ السلم، وفسخ السلم، لا يكون سلَمًا لا فى حقهما، ولا فى حق الثالث؛ لأن الفسخ حصل قبل قبض المبيع، فيكون فسخا فى حق الكل.

١٢٩٩٣- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": رجل أسلم إلى رجل جارية فى كر حنطة، وقبضها المسلم إليه، ثم تقايلا، فماتت الجارية فى يد المسلم إليه، فعليه قيمتها يوم قبضها، وإن هلكت الجارية أولا، ثم تقايلا جازت الإقالة، وعليه قيمة الجارية.

اعلم بأن من هذا الجنس أربع مسائل: إحداها: بيع العرض بالعرض إذا تبايع الرجلان عرض بعرض وتقابضا[1]، ثم هلك أحد العرضين بعد الإقالة قبل التسليم بحكم الإقالة، تثبت الإقالة على الصحة، ولو تقايلا بعد ما هلك العرضان، فالإقالة باطلة.

١٢٩٩٤- والثانية: بيع العرض بالدراهم والدنانير إذا تبايع الرجلان عرضًا بدراهم أو دنانير، وتقابضا، ثم تقايلا بعد ما هلكت الدراهم، فالإقالة صحيحة، وكذلك لو تقايلا وهما قائمان، ثم هلك أحدهما قبل التسليم بحكم الإقالة، إن هلك العرض، بطلت الإقالة، وإن هلكت الدراهم، بقيت الإقالة على الصحة بالدراهم وبالدنانير فى فصل الإقالة، ثم الفرق بين فصل بيع العرض بالعرض، وبين فصل بيع العرض بالدراهم، أو بالدنانير أن الإقالة صحتها يعتمد قيام العرض من حيث الحكم؛ لأنها رفع للعقد، ورفع العقد إنما يتصور حال قيامه، والبيع قائم فى حال بيع العرض بالعرض من حيث الحكم لقيام أحد العرضين؛ لأن قيام العقد قبل هلاك أحدهما، كان بهما لا بأحدهما بعينه؛ لأنه ليس أحدهما بعينه، بأن يضاف قيام العقد إليه حكمًا بأولى من الآخر؛ لأن كل واحد منهما مال حقيقةً وحكمًا؛ لأن كل واحد منهما عين حقيقةً وحكمًا، وكل واحد منهما مثمن من وجه، وثمن من من وجه، فلا مزية لأحدهما على الآخر، فكان قيام العقد من حيث الحكم بهما جميعًا، وإذا كان قيام العقد حكمًا لا بأحدهما بعينه، لم يرتفع العقد بهلاك أحدهما على ما عرف أن الثابت بشيئين لا يزول بزوال أحدهما، فبقى العقد لقيام أحدهما، فجازت الإقالة حال قيام أحدهما لقيام العقد بقيام أحدهما، كما جازت حال قيامهما.

فأما بيع العرض بالدراهم أو الدنانير، فقيام العقد حكمًا مضاف إلى البيع خاصة، لا إلى المبيع والثمن جميعًا؛ لأن للمبيع فضل مزية على الثمن، فإن المبيع مال حقيقةً وحكمًا؛

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: تقايلا.

لأنه عين حقيقةً وحكمًا، والثمن دين حقيقةً وحكمًا إن لم يكن مشارًا إليه، وإن كان مشارًا إليه دين حكمًا؛ لأن البيع لا يتعلق بعين المشار إليه، وإنما يتعلق بمثله دينًا فى الذمة، ولهذا جاز الاستبدال به قبل القبض، قلنا: والدين فى الذمة مال حكمًا واعتبارًا، وليس بمال حقيقةً، ولهذا قالوا: بأن البراءة عن الدين يصح من غير قبول، كالطلاق، والعتاق، ويرتد بالرد؛ لأنه مال حكمًا، وهبة العين لا تصح من غير قبول، ولا تتأدى زكاة العين بالدين؛ لأن الدين أنقص من العين، فصار مؤديًا الكامل بالناقص.

وكذلك قالوا: فيمن حلف، قال: مالى صدقة على المساكين، وله ديون على الناس، لا تدخل تحت مطلق اسم المال من غير بينة؛ لأنه ناقص فى كونه مالا، أو إذا كان للثمن ضرب مزية على الثمن لا بد من إظهار مزيته، وقد تعذر إظهار مزية المبيع على الثمن حق انعقاد البيع؛ لأنه لا بد لانعقاد البيع من ثمن ومثمن، فأظهرنا مزيته فى حق البقاء، فجعلنا بقاء العقد مضافًا إلى قيام المبيع حتى يظهر فضل مزيته على الثمن فى حال البقاء لما تعذر إظهار مزيته على الثمن فى حق الانعقاد، فجعلنا قيام المبيع حكمًا كله مضافًا إلى البيع، لا إلى الثمن، فإذا هلك المبيع، ارتفع البيع، وإن بقيت الدراهم والدنانير.

والدليل على أن بقاء البيع مضاف إلى قيام المبيع، لا إلى الثمن أنا أجمعنا على أنه لو وجد الثمن زيوفًا حال قيام المبيع، فرده أو استحق الثمن، فإنه يرجع بمثله، ولا ينفسخ البيع، ولو كان قيام البيع مضافًا إليه، لكان ينفسخ البيع برده، كما فى بيع العرض بالعرض لو استحق أحد العرضين، أو وجد به عيبًا يرده، فإنه ينتقض البيع فى الباقى، وفى المثمن لما بقى البيع على حاله، علمنا أن قيام العقد مضاف إلى المبيع، فإذا هلك ارتفع البيع، فلا يرتفع مرة أخرى بالإقامة.

١٢٩٩٥ - المسألة الثالثة بيع الثمن: إذا تبايعا درهمًا بدرهم، أو دينارًا بدينار، أو دراهم بدنانير، وتقايلا بعد هلاك أحد البد[لين، أو بعد ما هلك البدلان صحت الإقالة، وفى بيع العرض بالعرض لو تقايلا بعد ما هلك البدلان][1] لا تصح الإقالة، والفرق وهو أن فى باب الصرف لو تقايلا قبل هلاك البدلين صحت الإقالة، وتعلقت الإقالة بمثل الدراهم والدنانير التى قبضًا دينًا فى الذمة، لا بأعيانهما حتى كان لكل واحد منهما أن يرد مثل ما قبض، ولا يلزمه رد ما قبض بعينه، وهذا لأن الفسخ معتبر بالعقد، والعقد لا يتعلق بأعيانهما، وإن أشير إليهما عندنا، فلذا الإقالة لا تتعلق بأعيانهما، ولو كانا قائمين، صار

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

هلاكهما كقيامهما، بخلاف بيع العرض بالعرض؛ لأنهما متى كانا قائمين يتعلق الإقالة بأعيانهما، فمتى كانا هالكين، لم يبقَ شيء من المعقود عليه [ولا بد لقيام العقد من قيام المعقود عليه.

فإن قيل: فى باب الصرف لم يبقَ شيء من المعقود عليه](١) لما هلك البدلان؛ لأن كل واحد من البدلين وجب فى الذمة، وقد سقط ذلك بالقضاء، فالإقالة لم تصادف معقودًا عليه، فيجب أن لا تصح الإقالة؟

والجواب عنه: أن الدين مما لا يسقط بالقضاء، ألا ترى أن البائع إذا حط عن المشترى بعض الثمن بعد ما قبض الثمن، صح الحط لإسقاط بعض الثمن، ولو كان الثمن لا يسقط بالقضاء، كان لا يصح الحط، كما لو حصل الحط بعد الإبراء، وإذا كان كذلك فالدين الواجب فى الذمة مما لا يسقط بالقضاء، إلا أن الطالب لا يطالب الغريم بعد القضاء؛ لأن المطالبة لاتفيد، فإنه لو طالبه الطالب بما بقى فى ذمته، طالبه الغريم بما وجب له فى ذمة الطالب؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، لا بأعيانها، وإذا كان كذلك فما هو المعقود عليه، وهو الدين قائم فى ذمة كل واحد منهما، فصحت الإقالة باعتبار ما بقى فى ذمتهما، كما صح العقد باعتبار ما يجب فى ذمتهما.

١٢٩٩٦- المسألة الرابعة: إذا كان رأس المال عرضًا، وهلك العرض، ثم تقايلا السلم، صحت الإقالة لقيام المسلم فيه، وكان قيام السلم مضافًا إلى قيام المسلم فيه دينًا، وإن كان المسلم فيه دينارًا، أو رأس المال إذا كان عرضًا، كان عينًا حقيقةً وحكمًا، وفرق بين فصل السلم وبين بيع العرض بالدراهم، والفرق أن فى بيع العرض بالدراهم المبيع مال حقيقةً وحكمًا؛ لأنه عين حقيقةً وحكمًا، والثمن دين حقيقةً وحكمًا، أو حكمًا لا حقيقةً، فكان للمبيع ضرب مزية على الثمن، والتقريب ما مر، فأما المسلم فيه إن كان دينًا حقيقةً، فهو عين حكمًا؛ لأنه مبيع، ولهذا لم يجر الاستبدال به قبل القبض، والمبيع ما يكون عينًا، وكان له حكم العين، ورأس المال إن كان عينًا حقيقةً، فهو دين حكمًا حتى لو افترقا قبل قبض رأس المال، بطل السلم.

وإن كان رأس المال عينًا، وجعل كأن الافتراق حصل عن دين بدين، فاستويا، فصار قيام العقد مضافًا إليهما، كما فى بيع العرض بالعرض، لا إلى أحدهما بعينه، وإذا قبض رب السلم رأس المال، وتقايلا السلم، ثم اختلفا فى مقدار رأس المال، فقال المسلم إليه: [كان

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

رأس المال خمسة ، وقال رب السلم : لا ، بل كان رأس المال عشرة ، فالقول قول المسلم إليه][1] مع يمينه ، ولا يتحالفان .

١٢٩٩٧ – فرق بين هذا وبين العين ، فإن في بيع العين إذا تقايلا العقد حال قيام العين ، واختلفا في مقدار الثمن ، فإنهما يتحالفان ، وتفسخ الإقالة فيما بينهما بعد التحالف ، والفرق : أن المقصود من التحالف شرعًا الفسخ حتى يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله ، والإقالة في باب السلم لا تقبل الفسخ ، لا حكمًا ولا قصدًا ، فإنهما لو قالا : نقضنا الإقالة تنتقض ، ويعود الأمر إلى ما كان قبل الإقالة ، وكذلك إذا هلك العين في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع ، والثمن دراهم ، فإن الإقالة تنتقض ، ويعود الأمر إلى ما كان قبل الإقالة ، فالتحالف يفيد ثمرته في الإقالة في بيع العين ، فجاز الاشتغال به ، قياس الإقالة في السلم عن الإقالة في بيع العين أن لو تقايلا بعد ما قبض رب السلم المسلم فيه ، والمسلم فيه قائم في يده ، ثم اختلفا في مقدار رأس المال ، وهناك يتحالفان أيضًا ؛ لأن الإقالة في هذه الحالة تحتمل الفسخ قصدًا بفسخهما الإقالة ما يقول بعض مشايخنا ، وهو الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى ، ثم إنما كانت الإقالة في باب البيع قابلة للنسخ ، ولم تكن الإقالة في باب السلم المسلم فيه ، فقد سقط بالإقالة ؛ لأن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه ، فملك المسلم إليه بالإقالة ، فسقط عنه ، فلا يمكن تصحيح فسخ الإقالة باعتبار المعقود عليه ، ولو صح صح باعتبار رأس المال ، وأنه ثمن ، وللإقالة لا تصح باعتبار الثمن ، فكذا فسخها ، فأما في باب البيع ما تناوله الإقالة وهو][2] المبيع قائم حقيقةً ، فيمكن تصحيح الفسخ باعتبار المعقود عليه ، حتى لو هلك المعقود عليه بعد ما تقايلا ، وتقابضا ، ثم أراد أن ينقضا الإقالة ، لم يكن لهما ذلك .

١٢٩٩٨ – وفي "فتاوى أبي الليث" : رجل أسلم إلى رجل في كر حنطة ، فقال رب السلم للمسلم إليه : أبرأتك من نصف السلم ، وقبض المسلم إليه ، وجب عليه رد نصف رأس المال ؛ لأن هذا إقالة في نصف السلم ، هكذا قاله أبو نصر محمد ابن سلام ، والفقيه أبو بكر الإسكاف ، قالا : لأن السلم نوع بيع ، ومن اشترى شيئًا ، ثم قال المشتري للبائع قبل أن يقبض المشتري : وهبت لك نصفه ، وقبل البائع ، صار إقالة في النصف بنصف الثمن ، كذا هنا ، وقال أبو القاسم الصفار : هذا حط ، ولا يرد شيئًا من رأس المال ، قال : وهو بمنزلة حط نصف الثمن في البيع .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

وفيه أيضًا: وقال أبونصر فيمن أسلم دراهم في شيء، ثم إن رب السلم وهب ذلك الشيء للمسلم إليه إن قبل المسلم إليه، فعليه أن يرد رأس المال، وقال أبو بكر: ليس عليه الرد، وهبته تبرئةً من ذلك.

١٢٩٩٩- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل ثوبًا في كر حنطة، ودفعه إليه، ثم ناقضه السلم، فله أن يبيع الثوب منه قبل أن يقبضه، ولا يشبه العرض في هذه الدراهم، وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، إلا أن فيما روى عن أبي يوسف زوائد: أحدها: أنه لو باعه من غير المسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

الثاني: أنه إذا لم يكن مستهلكًا لم يكن له أن يشترى منه بقيمته شيئًا قبل أن يقبضه، وهو بمنزلة رأس المال إذا كان دراهم.

١٣٠٠٠- وفي "نوادر إبراهيم بن رستم" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة، وله عليه أيضًا كر إلى سنة، فأقاله المسلم على أن يعجل له الكر النسيئة، قال: الإقالة جائزة، والكر إلى أجله إذا كان المسلم فيه حنطة، ورأس المال مائة درهم، فصالحه على أن يرد عليه مائتي درهم، أو مائة درهم وخمسين درهمًا، كان باطلا؛ لأن الصلح عن السلم متى كان غير مضاف إلى رأس المال بيع المسلم فيه، وههنا الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مائة وخمسين من رأس مالك، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، فأما إذا قال: صالحتك من السلم على مائة من رأس مالك، كان جائزًا، وكذلك إذا قال: على خمسين من رأس مالك، كان جائزًا؛ لأن الصلح على رأس المال في باب السلم إقالة، وإقالة السلم قبل القبض جائزة إن كان لا يجوز بيعه.

بعد هذا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في قوله: صالحتك من السلم على خمسين درهمًا من رأس مالك أن يصير إقالة في جميع السلم، أو في نصف السلم.

وإن قال: صالحتك من السلم على مائتي درهم من رأس المال، لا يجوز يريد بقوله: لا يجوز الزيادة؛ لأن الإقالة في باب السلم [على أكثر من رأس المال لاتجوز عندهم جميعًا إلا أنه لا تجوز الزيادة[١]، وتقع الإقالة في باب السلم][٢] بقدر رأس المال، كما في بيع المنقول، لو تقايلا على أكثر من الثمن الأول قبل القبض، تصح الإقالة بمثل الثمن، ولا تثبت الزيادة،

(١) وفي "م": لا تثبت الزيادة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، وأشار شمس الأئمة السرخسى فى "شرحه": أنه تبطل الإقالة فى هذا الوجه أصلا، هذه الجملة من كتاب الصلح.

١٣٠٠١- وفى بيوع "الأصل": إذا صالح أحد ربى السلم مع المسلم إليه على حصة من رأس المال، فالصلح موقوف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على إجازة الآخر، فإن أجاز، جاز، وكان المقبوض من رأس المال مشتركًا بينهما، وما بقى من الطعام مشتركًا بينهما، وإن رد بطل الصلح، وبقى حق كل واحد قبل المسلم إليه فى الطعام، وهذا إذا أسلم عشرة دراهم مشتركة بينهما إلى رجل فى كر من طعام، فإن لم تكن العشرة مشتركة بينهما، لكن أسلما عشرة دراهم، ثم نقد كل واحد منهما خمسة، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا فى البيوع، وذكر بعض المشايخ فى شرح البيوع أنه يجوز هذا الصلح فى حصة المصالح بالإجماع، وبعضهم قالوا: هذا ليس بصحيح، فقد ذكر فى صلح "الأصل" هذا الفصل، وذكر فيه قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على حسب ما ذكر فى الفصل الأول، ولم يذكر فى شىء من الكتب ما إذا قال أحد ربى السلم عقد السلم بحصته، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه على نحو ما ذكرنا فى الفصل المتقدم، ومسائل الصلح فى هذا الباب كثيرة، سيأتى بيانها فى كتاب الصلح -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر
فى وجود العيب فيه، وخيار الرؤية فيه:

١٣٠٠٢- قال هشام فى "نوادره": سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل أسلم عشرة دراهم فى ثوب، فأخذه وقطعه، ثم وجد به عيبًا، قال: ليس له أن يرجع بنقصان العيب، قلت: لِمَ قال ما تقول فى رجل له على رجل طعام، فقضاه دون طعام، فأكله ثم علم بذلك، له أن يرجع بنقصانه، وعنه أيضًا قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل أسلم إلى رجل درهمين، أحدهما فى الحنطة، والآخر فى الأرز، ودفعهما إليه، ثم وجد أحدهما ستّوقًا، قال: إن كان دفعهما إليه معًا، فسد نصف الحنطة ونصف الأرز، إن كان دفع إليه كل درهم على حدة، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة الذى أسلم إليه، وإن لم تقم لهما بينة تحالفا، وفسد السلم كله.

١٣٠٠٣- وعن إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى قال: رجل أسلم إلى رجل خمسة دراهم فى خمسة أقفزة حنطة وخمسة دراهم فى خمسة أقفزة شعير خمسة للحنطة على

حدة، وخمسة للشعير على حدة، فأصاب درهمًا ستوقًا، يعنى بعد ما تفرقا، فقال: رب السلم هو من الحنطة، وقال المسلم إليه هو من الشعير، فالقول قول رب السلم، وإن تصادقا أنهما لا يعلمان من أيهما، قال: يرد المسلم إليه درهمًا آخر على رب السلم، وينقص من كل واحد منهما خمسة.

١٣٠٠٤- روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم فى كر حنطة، وخمسة دراهم فى كر شعير، فأعطاه عشرة للحنطة، ثم أعطاه خمسة للشعير، ثم وجد درهمًا ستوقًا بعد ما تفرقا، فقال المسلم إليه هو من دراهم الحنطة، وقال رب السلم، وإن لم يكن أقر بالاستيفاء، فالقول قوله، فإن تصادقا أنهما لا يدريان من أيهما هو قال: يكون نصفه من العشرة ونصفه من الخمسة، فينتقض عشر الحنطة ونصف عشر الشعير؛ لأنه فى حصة الحنطة لم يوجد قبض عشر رأس المال، وفى حصة الشعير، لم يوجد قبض نصف عشر رأس المال، وإن كان أعطاه خمسة عشر فى صفقة واحدة، فإنه ينتقض ثلثا عشر الحنطة، وثلث خمس الشعير.

١٣٠٠٥- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل عبدًا فى كر حنطة وبجارية للمسلم إليه، ودفع إليه عبده، وقبض الجارية من غير رؤية، ثم نظر إليها، فردها بخيار الرؤية، فإن ذلك جائز، ويرجع إليه من عبده بحصة الجارية، ويجوز منه حصة الكر السلم.

١٣٠٠٦- وفى "المنتقى": رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم فى ثوب موصوف مسمى، ودفع رب السلم الدراهم، وقبض الثوب، فوجد به عيبًا، ثم حدث عند القابض عيب، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يرجع بالنقصان؛ لأنه لايأخذ ثوبه، وبعض رأس ماله؛ لأنه يكون اعتياضا عن الجودة، وإنه ربا، وقال محمد رحمه الله تعالى: أما ما لم يقبض، فهو سلم، فلا يجوز أن يأخذ الثوب ودراهم العيب.

وأما إذا قبضه، فهو الثوب الذى وقع عليه البيع، فصار بمنزلة البيع إن وجد به عيبًا رده، وإن حدث عنده عيب آخر، ولم يستطع رده، رجع بنقصان العيب الذى وجده، وكذلك لو كان كر حنطة مكان الثوب، ألا ترى أنه يبيعه مرابحة [على ما أسلم فيه، ولو لم يجعله بيعًا حتى قبضه، وجعله دينًا اقتضاه ما كان له أن يبيعه مرابحة][1] قال ثمه: وينبغى له فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أن يرد قيمة الثوب معيبًا، ويرجع بسلمه من الثوب، ويرد مثل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الكر معيبًا، ويرجع بسلمه فى الكر، كما قال فى ألف اقتضاها، وعلم بعد ما أنفقها أنها كانت زيوفًا، وسيأتى بعض مسائل هذا الفصل فى الوكالة [نوع آخر من هذا الفصل فى الوكالة][١] إذا وكل الرجل غيره أن يسلم له عشرة دراهم فى كر حنطة، كان التوكيل صحيحًا؛ لأنه وكله بما يملكه نفسه، وتجرى فيه النيابة، والتوكيل بمثله صحيح كالتوكيل بشراء العين، وكالتوكيل البيع، بيانه: أن الحال لا يخلو إما أن يكون رأس المال عينًا أو دينًا، فإن كان عينًا، فقد أمره بالتصرف فى عين مملوك له من حيث الإزالة عن ملكه إلى غيره بعوض يحصل له، وهو يملك ذلك بنفسه، فيملك الأمر به، وإن كان رأس المال دينًا، بأن كان دراهم، فقد أمره بإيجاب رأس المال فى ذمته، ورب السلم يملك إيجاب رأس المال دينًا فى ذمته؛ لأن ذمته ملكه، فيملك الآمر به، كما لو وكله بالشراء.

١٣٠٠٧- فرق بين هذا وبين ما إذا وكل رجلا بقبول السلم، بأن قال: خذ لى عشرة دراهم فى طعام مسمى، فإن التوكيل لا يصح حتى إذا قبل الوكيل السلم، يصير قابلا لنفسه حتى يكون رأس المال له، وله منعه من الموكل؛ لأن التوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك الموكل بنفسه [بقضية الأصل؛ لأن قبول السلم بيع ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الإنسان مما لا يملكه الموكل بنفسه][٢]، وكان القياس أن لايجوز لو قبل الموكل بنفسه، كما فى بيع العين إذا باع ما لا يملك، لكن عرفنا ذلك بالنص، فإن النبى ﷺ رخص فى السلم، والرخصة وردت فى بيع ما ليس عنده، لا فى الأمرببيع ما ليس عنده، ففى الأمر ببيع ما ليس عنده تكون العبرة للقياس، والقياس يأبى جواز الأمر ببيع ما ليس عنده بخلاف التوكيل بالشراء حيث يصح، وإن لم يكن الثمن فى ملكه؛ لأن الشراء بما ليس عند الإنسان جائز على موافقة القياس، فكان الأمر به جائزًا على موافقة القياس أيضًا.

وإذا ثبت أن التوكيل بالثمن جائز، فالوكيل هو الذى يطالب بتسليم المسلم فيه عند محل الأجل، وهو الذى يسلم رأس المال؛ لأنه هو العاقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ثم إن كان الوكيل نقد دراهم الموكل أخذ المسلم فيه، ودفعه إلى الموكل، وإن كان نقد دراهم نفسه، ولم يدفع إليه الذى وكله شيئًا، يرجع بما نقد على الموكل، وكان القياس ينبغى أن لا يرجع؛ لأنه أمره بالسلم، أما ما أمره بالنقد، قلنا:

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الوكيل مضطر فى هذا النقد؛ لأن حقوق العقد حق الوكيل، وإنما يبقى قبض[1] المسلم فيه حقًا له إذا نقد رأس المال، فأما إذا لم ينقد، لا يبقى حقًا له؛ لأن السلم يفسد حينئذٍ، وكان مضطرًا فى هذا النقد لإحياء حق نفسه [ومن قضى دين][2] غيره مضطرًا كان له الرجوع بما قضى للمقضى.

١٣٠٠٨- وإذا عقد الوكيل السلم، ثم أمر الموكل بأداء رأس المال، وذهب الوكيل، فقد بطل السلم، وكذلك لو كان الذى عليه السلم وكل رجلا بقبض رأس المال، وذهب عن المجلس قبل أن يقبض الوكيل رأس المال، بطل السلم؛ لأن الشرط قبض رأس المال قبل افتراق المتعاقدين عن مجلس العقد، ولم يوجد، وإذا خالف الوكيل بالسلم، فأسلم فى خير ما أمره الموكل بالسلم فيه، كان للموكل أن يضمن الوكيل دراهمه، وإن شاء ضمن المسلم إليه؛ لأن الوكيل لما خالف، نفذ العقدعلى الوكيل؛ لأن الوكيل بالسلم وكيل بشراء العين، والوكيل بشراء العين إذا خالف، نفذ العقد عليه، فكذا هذا، وإذا نفذ العقد على الوكيل، صار الركيل قاضيًا دين نفسه من دراهم الموكل، فصار غاصبًا، وصار المسلم إليه غاصب الغاصب، فإن ضمن الوكيل بقى السلم صحيحًا على الوكيل، وطريق بقاءه صحيحًا أن يضمن الوكيل، وإن بطل ذلك التسليم، فقد وجد تسليم آخر فى ذلك المجلس من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن الدراهم فى يد المسلم إليه، وأنها مضمونة على المسلم إليه نفسه، فينوب قبضه عن قبض السلم، فكأنه وجد تسليم آخر من حيث الحكم بعد ما بطل الأول فى المجلس، ألا ترى أن قبض الغاصب ينوب عن قبض الشراء، كذا ههنا.

وإن ضمن المسلم إليه، إن ضمنه وهما فى المجلس، يعنى الوكيل والمسلم إليه، ونقد الوكيل دراهم آخر، فالسلم جائز؛ لأنه لما ضمن المسلم إليه، فقد انتقض قبضه، وصار كأنه، لم يقبض رأس المال فى أول المجلس، وقبضه فى آخر المجلس، وإن ضمنه بعد ما تفرقا عن المجلس، فإن السلم يبطل؛ لأن القبض[3] قد انتقض، فصار كأنه لم يقبض رأس المال أصلا حتى تفرقا عن المجلس.

---

(١) وفى "ظ": بعض.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: وقد قضى حق.

(٣) وفى "م": لأنه قبضه.

١٣٠٠٩ - وإذا دفع رجل إلى رجل دراهم ليسلمها له فى الحنطة[١]، ثم الوكيل أسلمها إلى رجل، فهذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر، فالعقد للآمر، وإن نواه لنفسه، وإن عقد العقد بدراهم مطلقة، فإن تصادقا على أنه نواه للآمر، فهو للآمر، وإن نقد دراهم نفسه بعد ذلك، وإن تصادقا أنه نواه لنفسه، فهو لنفسه، وإن نقد دراهم الآمر بعد ذلك، وهذا لأن الوكيل بالسلم لايصير محجوراً عن السلم لنفسه؛ ولأنه وكيل بشراء شيء بغير عينه، والوكيل بشراء شيء بغير عينه لا يصير محجوراً عن الشراء لنفسه؛ لأن ما هو مقصود الآمر من الآمر لا يفوت؛ لأن مقصود الآمر تحصيل ما سمى، ويمكن تحصيل ما سمى الآمر إن لم يصر الوكيل محجوراً عن الشراء لنفسه [إذا كان ما سمى الموكل بغير عينه، وإذا لم يصر محجوراً عن الشراء لنفسه][٢] ملك الشراء لنفسه وللآمر، فأى ذلك نوى، فقد نوى ما يملكه، فصحت نيته، إذا ثبت نيته بتصادقهما، وأما إذا تكاذبا فى النية، فقال الموكل: نويت لى، وقال الوكيل: نويت لنفسى بحكم النقد إن نقد الوكيل من مال نفسه، كان السلم للوكيل، وإن نقد من مال الموكل، كان السلم للموكل، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل".

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر محمد قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، فأما فى قول محمد، فالسلم يقع للوكيل، ولا يحكم النقد، كما لو كانا تصادقا أنه لم يحضر نية؛ لأنه جعل الوكيل عاملا لنفسه فى الحالين جميعًا، وبعضهم قالوا: لا، بل المذكور فى الكتاب قولهم بحكم النقد حالة التكاذب بلا خلاف، فعلى قول هذا القائل: يحتاج محمد رحمه الله تعالى إلى الفرق بين حالة التكاذب وبين ما إذا تصادقا أنه لم تحضره النية، وهو الأصح.

والفرق أن فى حالة التكاذب استويا فى الدعوى والإنكار الوكيل ادعى لنفسه، والموكل أنكر ذلك، والموكل ادعى أنه نواه له، وأنكر الوكيل ذلك، فقد استويا فى الدعوى والإنكار [وفى مثل هذا يحكم][٣] الحال، كما فى مسألة الطاحونة، وأما فى حالة التصادق لم يوجد منهما الدعوى والإنكار، فلم يجب تحكيم الحال، وجعلنا السلم واقعًا للوكيل؛ لأن الأصل فى عمل الحُر أن يكون له، إلا إذا نص بخلافه، وأما إذا تصادقا أنه لم تحضره النية، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيما بينهما، قال محمد: لا يحكم النقد،

---

(١) وفى "م": فى الحنطة، فنأول الوكيل رجلا، وأسلم إليه، فهذه المسألة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى النسخ التى عندنا جميعا، وكان فى الأصل: فلم يجب تحكيم.

ويجعل السلم واقعًا للوكيل ؛ لأن الأصل فى عمل الحر أن يكون له إلا إذا نص على خلافه ، ولم ينص ، فوقع العقد للوكيل ، وبعد ما وقع للوكيل لا ينتقل إلى الموكل بالنقد من ماله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يحكم فى هذا النقد ؛ لأن هذا العقد صالح لكل واحد منهما ، لما ذكرنا أن الوكيل يملك مباشرة هذا العقد بنفسه ، كما يملك مباشرته لغيره ، وهو الموكل ، فيحكم النقد إذا عدمت النية ، حملا لأمره على الصلاح ، حتى لا يصير غاصبًا دراهم الآمر متى عقد لنفسه -والله أعلم- .

نوع آخر
من هذا الفصل فى المتفرقات:

١٣٠١٠- إذا أسلم فى القطن ، لا يعطى فيه الورام ، كما فى البيع ، اتفق عليه مشايخ زماننا رحمهم الله تعالى ؛ لأن الورام فى البيع أمر عرفى ، ولاعرف فى السلم .

١٣٠١١- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء" : رجل أسلم إلى رجل عبدًا فى كر حنطة ، ودفع إليه العبد ، ثم إن المسلم إليه باع العبد من رجل ، وسلمه إلى المشترى ، ثم إن المشترى وجد بالعبد عيبًا ، ورده على المسلم إليه بغير حكم ، ثم إن رب السلم مع المسلم إليه أراد أن يتقايلا السلم .

فالمسألة على وجهين : إن قال رب السلم للمسلم إليه : رد على العبد ، وأبرأتك من السلم ، أو قال : أبرأتك من السلم بهذا العبد ، أو قال : أقلنى السلم بهذا العبد ، فهذا كله باطل ، وهذا كرجل [قال لغيره : بعنى مالك على من السلم بكذا ، وإن][1] قال : أقلنى السلم ، ولم يذكر العبد ، أو قال : أبرأتنى من السلم وخذ رأس مالك ، ولم يذكر العبد ، ففعل ، فقد انتقض السلم ، وله قيمة العبد رأس ماله .

١٣٠١٢- وفى "فتاوى أبى الليث" : رجل باع من آخر عبدًا بثوب موصوف فى الذمة ، إن ضرب للثوب فى الذمة أجلا ، جاز ، وإن لم يضرب الأجل ، لا يجوز ؛ لأن الثوب لا يجب فى الذمة إلا سلَمًا ، ولا سلم بدون الأجل ، وإن افترقا قبل قبض العبد ، لا يبطل العقد ؛ لأن هذا العقد اعتبر سلما فى حق الثوب بيعًا فى حق العبد ، ويجوز أن يعتبر فى عقد واحد حكم عقدين ، كما فى الهبة بشرط العوض ، وكما فى قوله : إن أديت إلى ألفًا ، فأنت حرّ ، اعتبر فيه حكم اليمين ، وحكم المعاوضة -والله أعلم- .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثالث والعشرون
في القروض

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز:

١٣٠١٣- كل شيء يكال أو يوزن، نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر، والزبيب جاز استقراضه، الأصل فيه أن ما هو من ذوات الأمثال، ويكون مضمونًا على الغاصب والمستهلك بالمثل، جاز استقراضه؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير زيادة ولا نقصان، فما يكون من ذوات الأمثال، نحو المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، يمكن اعتبار المماثلة المشروطة في القرض فيه، فيجوز استقراضه، وما لا يكون من ذوات الأمثال، نحو الحيوان واللآلئ، والجواهر، والأكارع، والرؤوس، لا يجوز استقراضه؛ لأن طريقة معرفة القيمة الحزر، وبه لا يثبت المماثلة المعتبرة في القرض، وهي المماثلة من غير زيادة ولا نقصان، كما لا تثبت به المماثلة المشروطة في أموال الربا.

١٣٠١٤- واستقراض الثياب لا يجوز؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال حقيقةً، وإنما صارت من ذوات الأمثال شرعًا في باب السلم، حتى جاز السلم فيها بشرط مخصوص، وهو الأجل، والأجل لا يثبت في القرض، فلم يكن من ذوات الأمثال في القرض، لا حقيقةً ولا شرعًا، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لايجوز إقراض الخبز ولا استقراضه لا عددًا، ولا وزنًا، وهذا على أصله مستقيم؛ لأن عنده لما لم يجز السلم في الخبز لمكان التفاوت أولى أن لا يجوز القرض؛ لأن باب القرض أضيق من باب السلم، ألا ترى أنه لا يجوز القرض في الثياب، ويجوز السلم في الثياب، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رواية: مثل قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: لا بأس به وزنًا، قال ابن أبي مالك: سألت أبا يوسف عن استقراض الخبز مرة، قال: لا بأس به، وعليه أفعال الناس جارية، قال ابن أبي مالك: وهذا قوله المعروف، وذكر في بعض المواضع عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز عددًا، ولا يجوز وزنًا، قال: لأن العادة جرت باستقراضه عددًا لا وزنًا، والقياس يترك بالعادة، وذكر في "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى أنه جوز قرض الخبز

عددًا، وقال: بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى، قال ثمه أيضًا: قال محمد: الوزن في قرض الخبز من الدناءة، والعدد أحب إلي، ويجوز استقراض الجوز كيلا؛ لأنه يكال مرة، ويعد أخرى، ولهذا جاز السلم فيه كيلا.

١٣٠١٥- ويجوز استقراض الكاغذ عددًا؛ لأنه عددي متقارب، كذا ذكره الصدر الشهيد في واقعاته، واستقراض الباذنجان عددًا يجوز، كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني في أول شرح الغصب، ويجوز استقراض اللحم وزنًا، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى، والذي روى عنه من أقرض رجلا عشرة أرطال لحم الغنم، قال: هو جائز، وأنه مشكل على مذهبه؛ لأن اللحم عنده من ذوات القيم، حتى إن من أتلف على آخر لحمًا، يضمن قيمته، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في بيوع "الجامع" في الرواية، ونص فخر الإسلام على البزدوي في "شرح الجامع": أنه من ذوات الأمثال، قال: وتأويل ما ذكر محمد أنه يضمن بالقيمة إذا كان في موضع لا يوجد له المثل، وذكر بعض المشايخ في في "شرح الجامع الصغير" أن اللحم من ذوات الأمثال، يضمن بالمثل في ضمان العدديات، ويجري فيه الربا، وإليه أشار الطحاوي في كتابه، فإنه قال: كل ما يكون موزونًا، فهو مثلي.

١٣٠١٦- وفي "نوادر هشام": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: لا خير في قرض الحنطة والدقيق بالوزن، وكذلك التمر، وإن كان حيث يوزن، قال هشام: قلت لمحمد: التمر عندنا يباع بالري وزنًا، فما تقول فيمن أقرضه بالوزن، قال: لايصلح ذلك؛ لأن أصله كيل، وعن محمد رحمه الله تعالى أيضًا أنه قال: لا تجوز الحنطة أن تقرض وزنًا، فإن أخذه وأكله قبل أن يكتاله، فالقول قول المستقرض أنه كذا قفيزًا.

١٣٠١٧- وفي "الأصل": إذا استقرض الدقيق وزنًا، لا يرده وزنًا، ولكن يصطلحان على القيمة، كما لو استقرض الحنطة وزنًا، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى أنه يجوز بيع الدقيق واستقراضه وزنًا إذا تعارف الناس ذلك، استحسن فيه.

١٣٠١٨- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": فإذا كانت الدراهم ثلثها فضةً، وثلثاها صفرًا، فاستقرض رجل منها عددًا، وهي جارية بين الناس عددًا بغير وزن، فلا بأس به، وإذا لم يجر بين الناس إلا وزنًا، لم يجب استقراضها إلا وزنًا؛ لأن الصفر إذا كان غالبًا، تكون العبرة للصفر، وتكون الفضة ساقطة الاعتبار، وكون الصفر موزونًا ما ثبت بالنص، فيكون العبرة فيه لتعامل الناس، فمتى تعاملوا بيعها وزنًا، يكون موزونًا، فلا يجوز استقراضها إلا وزنًا، ومتى تعاملوا بيعها عددًا، كان عدديًا، فلا يجوز استقراضها إلا عددًا،

فقد أسقط محمد رحمه الله تعالى اعتبار الفضة فى القروض[1] إذا كانت مغلوبة، ولم يسقط اعتبارها فى حق البيع، حتى قال: لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا على سبيل الاعتبار، إنما فعل هكذا؛ لأن القرض أسرع جوازًا من البيع؛ لأن القرض مبادلة صورة تبرع حكمًا؛ لأن رد المثل فى القرض أقيم مقام رد العين حكمًا، والربا إنما يتحقق فى البيع دون التبرع، فاعتبرت الفضة المغلوبة فى البيع، ولم تعتبر فى القرض.

هذا، وإن كانت الدراهم ثلثاها فضةً، وثلثها صفرًا، لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددًا؛ لأن الفضة إذا كانت غالبة بمنزلة ما لو كان الكل فضة، ولكنها زيف، ولو كان كذلك لم استقرضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس بها عددًا، فههنا كذلك، وإن كانت الدراهم نصفها فضةً، ونصفها صفرًا، لم يجز اعتبار استقراضها إلا وزنًا؛ لأنه لم يسقط اعتبار واحد منهما؛ لأن إسقاط اعتبار واحد منهما حال كونه مغلوبا، ولم يوجد، فوجب اعتبارهما، وإذا وجب اعتبارهما، لم يجز الاستقراض فى حق الفضة إلا وزنًا، فإذا تركوا ذلك بطل الاستقراض فى حق الفضة، فبطل فى الصفر ضرورة، ويجوز استقراض الجمد وزنًا؛ لأن الناس تعارفوا وزنًا.

نوع آخر منه:

١٣٠١٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف: إن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يكره كل قرض جر منفعة، قال الكرخى: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة فى العقد، بأن أقرض غلة ليرد غلته صحاحًا، أو ما أشبه ذلك؛ فإن لم تكن المنفعة مشروطة فى العقد، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به، وكذلك إذا أقرض الرجل رجلا دراهم، أو دنانير ليشترى المستقرض من المقرض متاعًا بثمن غالٍ [فهو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطًا فى القرض، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعًا بثمن غالٍ][2]، فعلى قول الكرخى لا بأس به، وذكر الخصاف فى كتابه، وقال: لا أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم أشتره منه طالبنى بالقرض فى الحال، وذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف أن السلف كانوا

---

(١) وفى "م": القرض.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يكرهون ذلك، إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة، إنما قال: لا أحب له ذلك، فهو قرب[١] من الكراهة، إلا أنه دون الكراهة، ومحمد رحمه الله تعالى لم يرَ بذلك بأسًا، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى من المقرض شيئًا، لا بأس به من غير فصل، فإنه دليل على أنه رفض قول السلف.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة وهي شراء المتاع بثمن غال مشروطة في الاستقراض، وذلك مكروه بلاخلاف، وما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا لم تكن المنفعة وهي الهدية مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف.

١٣٠٢٠- هذا إذا تقدم الإقراض على البيع، فأما إذا تقدم البيع على الإقراض، وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبًا قيمته عشرون دينارًا بأربعين دينارًا، ثم أقرضه ستين دينارًا حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون دينارًا، ذكر الخصاف أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ رحمه الله تعالى، فإنه روى أنه كان له مبلغ، وكان إذا استقرض إنسان منه شيئًا كان يبيعه أولا سلعة بثمن غال، ثم يقرضه بعد الدنانير إلى تمام حاجته، وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة [فإنه لولا ذلك القرض، كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب، فكان قرضًا جر منفعة][٢].

١٣٠٢١- ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين، لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما وجدا معًا، فكانت المنفعة مشروطة في المقرض، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف، وبقول محمد ابن سلمة رحمهما الله تعالى، وكان يقول: ليس هذا بقرض جرّ منفعة، بل هذا بيع جر منفعة، وهو القرض، وأما هدية المستقرض إن كانت الهدية مشروطة في الاستقراض، فهي حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، فإن لم تكن الهدية مشروطة في الاستقراض، وعلم أنه أهدى إليه، لا لأجل الدين، [فإنه يقبل إذا لم تكن مشروطة في الاستقراض، أو لم يعلم أنه أهدى لأجل الدين][٣] أولا لأجل الدين، ذكر

(١) هكذا في "م"، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: فهو أقرب من الكراهة لكنه دون الكراهة.

٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و "ظ".

شيخ الإسلام أنه لا بأس بقبولها، والتورّع عنه أولى، وهكذا حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى، بعد هذا قالوا: هذا إذا كانت المهاداة تجرى بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصداقة، أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيء من ذلك، فالحال حال الإشكال، فيتورع عنها، حتى يتبين أنه أهدى لا لأجل الدين، ومن قال: بالكراهة في مسألة البيع إذا تقدم القرض على البيع، يقول: بالكراهة ههنا أيضًا، ومحمد لم يرَ به بأسًا من غير تفصيل.

١٣٠٢٢- وأما دعوة المستقرض، قال محمد رحمه الله تعالى: ولا بأس بأن يجب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا جواب الحكم، فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال، قال شمس الأئمة الحلواني: ما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا كان يدعوه قبل الإقراض، أما إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض، أو كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يومًا، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام، أو زاد في الباجات، فإنه لا يحل، ويكون خبيثًا، وإذا رجح في بدل القرض، ولم يكن الرجحان مشروطًا في القرض، فلا بأس به.

١٣٠٢٣- روى أن رسول الله ﷺ استقرض من رجل دراهم، وأرجح[١]، وقال: أنا كذلك بريء، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: والرجحان على ضربين: إن كان يدخل تحت الوزن، لا بأس به، وإن كان لا يدخل تحت الوزن، فهو ثلاثة أقسام: إما إن كانت الدراهم مكسورة، أو كانت صحاحًا لا يضرها الكسر، وفي هذين الوجهين لا يجوز؛ لأنه تعذر اعتبارها زيادة على بدل القرض؛ لأنه يكون ربا، وتعذر اعتبارها هبة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وأما إن كانت الدراهم صحاحًا، لا يضرها الكسر، وفي هذا الوجه ينظر إن كان الرجحان زيادة يمكن تميزها بدون الكسر إن كان يوجد فيها درهم خفيف، يكون مقدار الزيادة لا يجوز، وإن كان الرجحان زيادة لا يمكن تميزها بدون الكسر، يجوز بطريق الهبة، ويكون هذا هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، وإذا أقرضها بالكوفة بشرط أن يوفيه بالبصرة لا يجوز؛ لأنه قرض جر منفعة؛ لأن المستقرض يكفيه خطر الطريق ومؤنة الحمل[٢].

---

(١) أخرجه البيهقي في "الكبرى" (١٠٧٣١): باب قرض الحيوان غير الجواري بلفظ "استقرض رسول الله ﷺ من رجل سنًا، فأعطاه سنًا فوق سنه، وعزاه إلى مسلم.

(٢) وفي النسخة "م": يكفيه خطر الطريق إن لم يكن له حمل ومؤنة، وإن كان له حمل ومؤنة يكفيه خطر الطريق ومؤنة الحمل.

١٣٠٢٤- وعلى هذا السفاتج التى يتعامل بها التجار، فإنهم يقرضون فيما بينهم، ويكتب المستقرض للمقرض سفتجة إلى مكان، فإن كان ذلك شرطًا فى القرض، فهو مكروه؛ لأنه قرض جر منفعة، فإنه يسقط عن المقرض مؤنة الحمل وخطر الطريق، أو خطر الطريق، وإن لم يكن ذلك مشروطًا فى القرض، فلا بأس به.

١٣٠٢٥- وفى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لآخر: أقرضنى ألفًا على أن أعيرك أرضى هذه تزرعها ما دامت الدراهم فى يدى، فزرع المقرض، لا يتصدق بشىء، وأكره له ذلك.

نوع آخر منه:

١٣٠٢٦- إذا استقرض فلوسًا، فكسدت، فإن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يرد عينها إن كانت قائمة، ومثلها إن كانت هالكة، وأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ومحمد فقد ذكر بعض مشايخنا فى شرح كتاب الصرف: أن المشايخ اختلفوا فيه: على قولهما قال بعضهم يرد عينها إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة، فعليه قيمتها، وقال بعضهم: عليه قيمتها على كل حال.

١٣٠٢٧- وفى "المنتقى": ما يدل على هذا القول، فقد ذكر ثمه: أنه إذا استقرض فلوسًا، فكسدت، فعليه مثلها فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عن، وقال محمد: عليه قيمتها يوم كسدت، زاد فى رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: فعليه قيمتها فى آخر ما كسدت لساعة قليل قبل أن يكيل، وقال يعقوب: عليه قيمتها يوم استقرض، فقد ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما إذا كانت قائمة أو هالكة على قولهما، والفلوس المغصوبة إذا كسدت فإن كانت قائمة رد عينها بالإجماع، وإن كانت هالكة، فعلى الاختلاف الذى مر، وهذه المسألة فى الحاصل فرع لمسألة أخرى، وهى فى كتاب الغصب أن من غصب من آخر رطبًا، وهلك عنده، أو استهلكه، ثم انقطع أوان الرطب، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: عليه قيمته من الفضة [يوم الخصومة، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه قيمته من الفضة يوم الغصب، وقال محمد رحمه الله تعالى: عليه قيمته من الفضة][1] يوم الانقطاع، وجه كونها فرعًا لتلك المسألة أن الواجب على المستقرض رد مثل ما قبض، وعلى الغاصب كذلك، وقد حصل قبض الفلوس وهى رائجة، فيجب رد مثلها من ذلك الضرب رائجة، وقد عجز عن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

تسليمها رائجة بالكساد، كما أن غاصب الرطب عجز عن تسليم الرطب بالانقطاع، إلا أن غاصب الرطب عجز عن رد الأصل، ومستقرض الفلوس عجز عن رد الفضة[١]، وهو كونها رائجة، وإذا صارت هذه المسألة بناء على تلك المسألة[٢]، لو أوجبنا القيمة على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ههنا، كما وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ثمه.

قلنا: وإيجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد؛ لأن قيمتها كاسدة، وعينها سواء، بل إيجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها، فأوجبنا المثل على قوله، ولم يوجب القيمة لهذا، وعلى قولهما لما وجب اعتبار قيمتها رائجة إما يوم الاستقراض، وإما في آخر يوم كانت رائجة، كان إيجاب القيمة من الفضة أعدل من إيجاب عينها كاسدة، فيؤول الكلام إلى تلك المسألة، فإن اصطلحا على شيء يدا بيد، فهو جائز؛ لأن الواجب في الذمة على قولهما القيمة من الفضة، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الفلوس، وأيامًا كان فالاستبدال به جائز بعد أن يكون الافتراق عن عين بدين، والجواب في العدلي على ما ذكرنا من غير تفاوت.

وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد، وبه كان يفتي الصدر الشهيد الكبير برهان الأئمة والصدر الشهيد حسام الدين، وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقوله أقرب إلى الصواب في زماننا.

١٣٠٢٨- وفي بيوع "الأمالي": رجل استقرض من آخر شيئًا من الكيل أو الوزن، وانقطع عن أيدي الناس، قال: يجبر المقرض على التأخير حتى يدرك الحديث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الانقطاع عن أيدي الناس يجري مجرى الهلاك.

ومن مذهب أبي حنيفة أن الحق لا ينقطع عن العين بهلاك العين على ما عرف في موضعه، وإذا بقي الحق في العين، ولوجود العين غاية معلومة، يجبر على التأخير إلى وقت وجوده، ليصل إليه عين حقه أكثر ما فيه أن في التأخير ضرب ضرر للمقرض، إلا أن في أخذ غير الحق ضرر لمستقرض، وهذا الضرر فوق ضرر التأخير، فكان أولى بالدفع.

١٣٠٢٩- وفي "نوادر ابن سماعة": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل استقرض من آخر شيئًا من الفواكه كيلا، أو وزنًا، فلم يقبضه المستقرض حتى انقطع، فهذا لا يشبه الفلوس إذا كسدت؛ لأن هذا مما لا يوجد، فهذا يجبر على تأخيره إلى أن يجيء الحديث إلى

---

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل والنسختين: "ف" و"م": الصفة.

(٢) وفي النسخة "ف": على أن في تلك المسألة.

أن يتراضيا على قيمته، قال : وفي هذا[1] الوجه مثل رجل استقرض من رجل طعامًا في بلدة الطعام فيه رخيص، فالتقيا في بلدة الطعام فيه غال، فأخذه الطالب بحقه، فليس له أن يحبسه، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له حتى يعطيه إياه في البلد الذي استقرض فيه.

نوع آخر منه:

١٣٠٣٠- في "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : إذا أخذ المقرض المستقرض في بلدة أخرى، فإن شاء أخذ حتى يؤديه في الموضع الذي استقرضه، وإن شاء أخذه بقيمة ذلك الموضع ههنا، وإن أبى المستقرض أن يعطيه القيمة، أجبر عليه.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى رجل استقرض من آخر طعامًا بالعراق، فأخذه المقرض بمكة، قال أبو يوسف : عليه قيمته يوم أقرضه، وقال محمد : عليه قيمته بالعراق يوم اختصما، وليس عليه أن يرجع معه إلى العراق، ويأخذ طعامه.

١٣٠٣١- وفي "القدوري" : إذا استقرض دراهم بخارية، والتقيا في بلدة لا يقدر على البخارية، فإن كان ينفق في ذلك البلد، فإن شاء صاحب الحق، أجله قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا، ويستوثق منه، وإن كان في بلدة لا ينفق، وجب القيمة.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل أقرض رجلا طعامًا، أو غصبه إياه، وله حمل ومؤنة، والتقيا في بلدة أخرى، الطعام فيها أغلى أو أرخص، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه قال : يستوثق له من المطلوب حتى يؤفيه طعامه حيث أقرضه، أو غصبه.

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن تراضيا عليه، فحسن، وأيهما طلب القيمة أجبر الآخر عليه، وهي القيمة في البلد الذي استقرض، أو غصب على حال يوم أوصى، والقول في ذلك قول المطلوب، فإن كان الغصب قائمًا في يديه بعينه، أجبره على أخذه ، وإلا أجبره على القيمة.

نوع آخر منه:

١٣٠٣٢- رجل أقرض رجلا ألف درهم، وقبضها المستقرض، ثم إن المقرض قال للمستقرض : اصرف الدراهم التي عليك بالدنانير، فإن عين له شخصًا، بأن قال له : مع فلان، ففعل جاز على المقرض بالإجماع، وإن لم يعين شخصًا، ففعل، قال أبو حنيفة رضي

(١) هكذا في النسخة "م"، وكان في الأصل و"ظ" و"ف" : قال : وهذا في الوجه.

الله تعالى: لا يجوز على المقرض، وقالا: يجوز.

أصل المسألة: إذا قال رب الدين للمديون: أسلم مالي عليك في كر حنطة، ولم يعين المسلم إليه، فإن أراد الطالب أن يأخذ الدنانير من المستقرض، ودفع إليه المستقرض باختياره، جاز ذلك، وهذا عندهم جميعًا، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فظاهر، وأما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فلأن بالدفع والأخذ ينعقد بينهما بيع[1] جديد بالتعاطي.

١٣٠٣٣- إذا كان للرجل على رجل ألف درهم دين، فدفع المطلوب دنانير إلى الطالب، وقال: اصرفها، وخذ حقك منها، فقبضها الطالب، وهلكت في يده قبل أن يصرفها، فهي من مال المطلوب؛ لأن الدنانير أمانة في يده؛ لأنه قبضها بحكم الوكالة، والوكيل أمين فيما في يده بحكم الوكالة، فإن صرفها، فهلكت الدراهم في يده قبل أن يأخذ منها، هلكت من مال الدافع أيضًا؛ لأنه وكيل بالصرف، فالقبض بحكم العقد يقع الأمر أولا، وتصير الدراهم أمانة في يده ما لم يحدث فيها قبضًا لنفسه، فإذا أخذ بحقه منها، فقد أحدث في المأخوذ قبضًا لنفسه، فإذا هلك بعد ذلك، هلك على مال الطالب، وإن لم يأخذها بحقه؛ لأن في هذه المسألة أمر الطالب بالبيع بحقه، وإنما يكون البيع بحقه إذا كان بائعًا؛ فيقع البيع للطالب، ويقع قبض الدراهم للطالب، أما في المسألة الأولى ما أمر الطالب بالبيع بحقه، إنما أمره بالصرف لنفسه، واستيفاء الحق من الدراهم، فيقع الصرف للدافع[2]، ويقع القبض بحكم الصرف للدافع أيضًا، والتقريب ما ذكرنا.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٣٠٣٤- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل استقرض من رجل كرًّا من طعام، ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الذي عليه بمائة درهم، جاز الشراء؛ لأن المستقرض صار ملكًا للمستقرض بنفس القبض، ووجب عليه للمقرض كر مثله، فصح الشراء، بخلاف ما إذا اشترى غير من عليه الدين، حيث لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه التسليم إلا بالقبض، فكان عاجزًا عن التسليم للحال، فلايجوز، أما ههنا المبيع في يد المشتري؛ لأنه في ذمته، وذمته في يده، فما في ذمته يكون في يده أيضًا، فكما اشترى وقع مسلمًا إليه، فصح،

---

(١) وفي النسخة "م": عقد.

(٢) هكذا في النسختين: "م" و"ف"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": فيقع الصرف للدفع.

وإذا جاز الشراء إن نقد المائة فى المجلس، فالشراء ماضٍ على صحته، وإن لم ينقدها فى المجلس، بطل لافتراقهما عن دين بدين، وهذا بخلاف ما إذا وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة، ثم إن كل واحد منهما باع ماله على صاحبه بما لصاحبه عليه، حيث يجوز، وإن افترقا عن المجلس من غير قبض[١] شىء؛ لأن هناك الافتراق حصل بعد قبض البدلين حكمًا؛ لأن بنفس الشراء ملك كل واحد ما فى ذمته، وصار قابضًا لما فى ذمته، وذمته فى يده.

قالوا: وهذا على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما المستقرض يصير ملكًا للمستقرض بنفس القبض، فيجب عليه مثله دينًا فى الذمة، فيصح الشراء، أما عند أبى يوسف رحمه الله تعالى المستقرض لا يصير ملكًا للمستقرض إلا بالقبض مع الاستهلاك، فلم يجب فى ذمة المستقرض شىء، فلايصح الشراء، فإذا استهلكه، ثم اشتراه الآن صح بلاخلاف، وكذلك الاختلاف فى الملك فى النقود، وسائر ما يستقرض، وجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن القرض بمنزلة العارية، ولهذا لا يصح التأجيل فيه مع صحة القرض، وجعلت إعارة كل مكيل وموزون قرضًا، ولهذا لا يملك المكاتب والعبد والأب والوصى، والإعارة تمليك المنفعة، لا تمليك العين، إلا أن منافع هذه الأعيان لا تنفصل عن الأعيان، فأقيم المنافع مقام الأعيان، ثم المنافع لما كان لا يملك إلا بالاستهلاك، فكذلك الأعيان التى قامت مقام المنافع، وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهو أن الأعيان لما أقيمت مقام المنافع فيما لا يتهيأ الانتفاع إلا بعد استهلاكها، يقوم قبض العين أيضًا مقام قبض المنفعة لهذه الضرورة، والمنفعة فى باب الأعيان تملك بالقبض، فكذا هذا العين يملك بالقبض، غير أن قبض المنافع لا يكون بدون الاستهلاك [وقبض الأعيان يتصور بدون الاستهلاك][٢]، فإذا افترقا فى حق القبض، فيفترقان فى الملك الذى هو بناء عليه.

والدليل عليه: أن المستقرض لو باع القرض من غيره، يجوز، وكان الثمن له، ولو بقى على ملك المقرض قبل الاستهلاك، لكان يقف هذا البيع على إجازته، وكذا سائر تصرفاته من الهبة والصدقة على هذا، ثم إذا نقد المشترى المائة فى المجلس، ثم وجد بالكر عيبًا، لم يرده بالعيب؛ لأنه لا وجه إلى رده بحكم الشراء؛ لأن العقد ما يتناوله، ولا وجه إلى رده بحكم القرض؛ لأن القرض تبرع لا يوجب السلامة عن العيب[٣]، ولكن يرجع بنقصان العيب من

(١) وفى "م": من غير نقد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) وفى النسخة "ف": عن العيب، ولكن يلزم قبل المقبوض، ولكن يرجع بنقصان العيب.

الثمن؛ لأن المبيع[١] كر وجب له في الذمة بدلا عن المقبوض بحكم القرض، والمقبوض بحكم القرض معيب في نفسه، فكذا ما وجب بدلا عنه، والعقد يقتضي السلامة عن العيب، وقد ظهر أنه معيب، وقد تعذر رده؛ لأنه دين في ذمة المشتري، فلما اشتراه سقط عن ذمته، ورجع بنقصان العيب، كما لو اشترى عبدًا، فهلك في يد المشتري، ثم اطلع على عيب به، ولو كان القرض المقبوض مستهلكًا، كان الجواب كما قلنا، لكنه عند الكل، وكذلك الجواب في كل مكيل وموزون، غير الدراهم والدنانير والفلوس إذا كان قرضًا.

١٣٠٣٥- وقال في آخر الباب: لو اشترى ما عليه من الكر القرض بكر مثله، جاز إذا كان عينًا، وإن كان دينًا لا يصح، إلا أن يقبضه في المجلس لما مرّ، فإن وجد المستقرض بالقرض عيبًا، لم يرده، ولا يرجع بنقصان العيب، بخلاف الوجه الأول، والفرق بينهما أنه لو رجع بنقصان العيب، إنما يرجع بنقصان الكر دفع المستقرض عوضًا عن المستقرض، فيكون هذا مبادلة كر من طعام بأقل من كر، وذلك ربا، أما إذا كان الثمن دراهم، لو رجع ببعض الدراهم، كان هذا مبادلة كر بأقل من مائة درهم، وذلك لا يؤدي إلى الربا.

١٣٠٣٦- وقال في آخر الباب: إذا اشترى المستقرض بعينه وهو مقبوض، لم يصح الشراء؛ لأنه ملك المستقرض، وإنما اشترى ملك نفسه، فلا يصح، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يصح؛ لأنه ملك المقرض.

فإن قيل: لِمَ لا تقدم فسخ القرض تصحيحًا لما قصدا، كما تقدم فسخ البيع بألف على البيع بألفين وخمسمائة تصحيحًا لما قصدا؟

قلنا: فسخ القرض لا يتم إلا برد المقرض، وذلك فعل، والأفعال لا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء، فلا يثبت فسخ القرض إلا إذا سقط اعتبار الرد شرطًا [لتمام الفسخ مقتضى الإقدام على البيع، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن ما صار شرطًا][٢] للشيء، لا يسقط اعتباره، وإن كان ثبوت ذلك الشيء بطريق الاقتضاء.

١٣٠٣٧- ونظير هذا ما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: فيمن قال لغيره: أعتق عبدك عني بغير شيء، لا تثبت الهبة بطريق الاقتضاء؛ لأن القبض شرط له، وأنه فعل، ولا يمكن إثباته بطريق الاقتضاء إلا إذا سقط اعتبار القبض شرطًا للهبة ولم يسقط، وإن كان ثبوت الهبة مقتضى غيره، وهو الإعتاق عن الآمر، كذا ههنا.

---

(١) هكذا في النسختين: "ف" و"م"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": البيع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٣٠٣٨- ولو اشترى المقرض من المستقرض عين ما قبضه، صح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه ملك المستقرض، وعلى قول أبي يوسف: لايصح؛ لأنه ما زال عن ملك المقرض، فلا يصح شراءه.

١٣٠٣٩- وعنه أيضًا: رجل أقرض رجلا مائة درهم على أنها جياد، فقبضها، ثم اشتراها المستقرض من المقرض بعشرة دنانير، صح، أما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ فلأنه وجب على المستقرض مثل تلك الدراهم دينًا في الذمة بالإضافة، بل يتعلق بمثلها، وصار هو بائعًا الدنانير بمثل ذلك الدراهم، فصار وجوب تلك الدراهم في الذمة وجودها والعدم بمنزلة، بخلاف مسألة الطعام؛ لأن في بيع الطعام العقد يتعلق بالعين بالإشارة، فيتعلق بما في الذمة بالإضافة، فإذا لم يكن في ذمته شيء، لا يصح الشراء، أما ههنا بخلافه، ثم إذا صح الشراء ههنا.

١٣٠٤٠- لو افترقا عن المجلس من غير قبض البدل، وهو الدينار، يبطل الصرف، لافتراقهما عن المجلس من غير قبض بدل الصرف في المجلس، وإن قبض الدنانير قبل أن يتفرقا، فالعقد ماضٍ على الصحة؛ لأن الدنانير مقبوضة حقيقةً، والدين مقبوض عليه أيضًا، فوجد قبض بدلي الصرف في المجلس، وفي مسألة الحنطة العقد ليس بصرف، وما ليس بصرف إنما يبطل بالدينية في البدلين، وذلك يزول بقبض أحدهما، ثم في مسألة الحنطة لم يجعل الدين بمنزلة المقبوض، إذ لو كان في معنى المقبوض لما احتيج إلى قبض البدل الآخر؛ لأن في عقد غير الصرف يكتفي بقبض أحد البدلين.

والوجه في هذا أن يقال: إن في العقود كلها الشرط تعين أحد البدلين حقًا للشرع ليصير محل العقد موجودًا، غير أن في باب الصرف لما لم يتحقق التعيين إلا بالقبض، شرط قبض أحد البدلين [للتعيين، وشرط قبض البدل الآخر حقًا للعاقد الآخر تحقيقًا للتساوي بينهما، ففي مسألتنا الدين](١)؛ لما كان في حكم المقبوض، ووجد قبض الآخر في المجلس صار حق الشرع، وحق العبد مقامًا فيجوز، أما في مسألة الحنطة ما في الذمة وإن صار في حكم المقبوض، لكن لم يتعين فيه؛ لأن صيرورته مقبوضًا لا ينافي كونه دينًا، فلم يصر حق الشرع مقامًا، فشرط تعيين البدل الآخر، ليصير حق الشرع مقامًا، فإن وجد المستقرض من الدراهم القرض زيوفًا، أو نبهرجة، لم يردها؛ لأنه لوردها إما أن يردها بحكم العقد أو بحكم القرض، وكلا الوجهين ممتنع على ما مرّ في الفصل الأول، ولا يرجع بنقصان العيب ههنا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أيضًا، بخلاف مسألة شراء الكر الذى عليه بالدراهم.

والفرق: وهو أن العقد يتعلق بالكر الذى هو عين بالإشارة، فيتعلق بالكر الذى فى ذمة المستقرض أيضًا بالإضافة، ولهذا إذا اشترى كر حنطة فى ذمته من إنسان، ثم تصادقا أنه لا حنطة عليه أنه يبطل الشراء، وإذا تعلق العقد بالكر الذى فى ذمة المستقرض، فلو رجع بحصة العيب من الدراهم، كان مشتريًا الكر بأقل من مائة، وأنه ليس بربا.

أما فى مسألة الدراهم الذى فى ذمة المستقرض لا تتعين لإضافة العقد عليها، ألا ترى أنها لو كانت عينًا لا تتعين لإضافة العقد إليها، فكذا إذا كانت دينًا لا تتعين لإضافة العقد إليها، ولهذا لو اشترى مائة درهم فى ذمته لإنسان بعشرة دنانير، ثم تصادقا أنه لا شيء عليه، لا يبطل الشراء، وإذا لم يتعلق العقد بالدراهم الذى فى ذمة المستقرض، وجب للمستقرض بهذا الشراء مائة درهم جياد فى ذمة المقرض بدلا عن الدنانير، وللمقرض على المستقرض مائة مثلها، فصار قصاصًا، وصار المستقرض قاضيًا ما كان عليه بما وجب له فى ذمة المقرض بالشراء، فلو رجع بنقصان العيب، يسلم له مائة درهم وزيادة شيء، وهذا هو الربا.

١٣٠٤١- قال: ليس للمستقرض أن يرد على المقرض مثل دراهمه الزيوف، ويرجع عليه بالجياد، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: له ذلك، وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى أن من كان له على آخر مائة درهم جياد، فأوفاه المديون زيوفًا، ولم يعلم رب الدين حتى هلكت الدراهم فى يده، واستهلكها، ثم علم بذلك، فأراد أن يرد عليه مثل المقبوض من الزيوف، ويرجع عليه بالجياد، ليس له ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبى يوسف له ذلك استحسانًا.

فوجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: إن المقبوض لو كان قائمًا بعينه، كان له أن يرده، ويرجع بالجياد، فكذا إذا أمكن من رد مثله، وعجز عن رد العين، إذ رد المثل جعل كردّ العين إيفاء لحقه فى الجودة، ونظرًا له.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: بأن المقبوض إذا كان قائمًا بعينه، فإذا رد، ينتقض القبض من الأصل، ويلتحق بالعدم، فيعود حقه فى الأصل، فيعود فى الجودة أيضًا، أما برد مثل المقبوض، لا ينتقض القبض فى المقبوض، إذ القبض لم يرد على المثل، وبرد غير المقبوض، لا ينتقض القبض فى المقبوض، فلا يعود حقه فى الأصل، فلو عاد فى الجودة عاد ابتداء، وحقه لا يعود فى الجودة ابتداء.

١٣٠٤٢- ولو وجد المستقرض الدراهم المستقرضة ستّوقة، أو رصاصًا، وباقى المسألة

بحالها، ردها على المقرض؛ لأن الستّوقة والرصاص عروض، واستقراض العروض باطل بعد هذا إن لم يتفرقا عن المجلس، وقد نقد الدنانير، واستوفى مائة درهم جياد فى المجلس، بل يتعلق بمثل المسمى فى الذمة.

فإذا تبين أنه لم يكن فى ذمته دراهم بسبب القرض[١] صار كأن العقد مطلق لم يضف إلى ما فى ذمة المستقرض، فلا يبطل العقد إذا قبض فى المجلس، فأما إذا تفرقا عن المجلس، فقد بطل الصرف لافتراقهما عن غير قبض أحد البدلين، وهو الدراهم فى المجلس، وكان للمستقرض أن يسترد دنانير، فصار كرجل اشترى دراهم بدنانير، وسلم الدنانير، وقبض الدراهم، ثم وجدها ستّوقة، استبدل فى المجلس، يصح العقد، وإن افترقا عن المجلس حتى يبطل العقد، يسترد الدنانير، كذا ههنا.

١٣٠٤٣- ولو كان الدين على المستقرض دنانير، أو فلوسًا، فاشتراها بدراهم، ثم وجدها زيوفًا، أو نبهرجة، أو ستّوقة، ففى الدنانير الجواب ما ذكرنا فى جميع الأحوال، وكذلك الجواب فى الفلوس إذا كانت زيوفًا، أو نبهرجة، أما إذا وجد الفلوس ستّوقة، وقد تفرقا بعد قبض الدراهم، كان العقد جائزًا، وإن حصل الافتراق عن عين بدين، ولكن فى غير عقد الصرف، فلا يوجب الفساد -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل ونسخة "ظ": العرض.

الفصل الرابع والعشرون
فى الاستصناع

١٣٠٤٤ - يجب أن يعلم أن الاستصناع جائز فى كل ما جرى التعامل فيه، كالقلنسوة، والخف، والأوانى المتخذة من الصفر، والنحاس، وما أشبه ذلك استحسانًا، ولا يجوز فيما لم يجر التعامل فيه، كالثياب وما أشبهها، والقياس أن لا يجوز الاستصناع أصلا، وبه أخذ زفر والشافعى رحمهما الله تعالى.

وجه القياس فى ذلك ما روى عن النبى ﷺ: "أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص فى السلم"[١]، وهذا بيع ما ليس عنده، لا على وجه السلم، فلا يجوز عملا بهذا الظاهر؛ ولأن من جوز الاستصناع فيما للناس فيه تعامل، إما أن يجوزه إجارة، أو بيعًا، أو سلَمًا، لا وجه إلى تجويزه إجارة؛ لأنه استأجره ليعمل فى ملكه، فإن الأديم ملك العامل، ولا وجه إلى تجويزه بيعًا؛ لأنه باع ما ليس عنده، ولا وجه إلى تجويزه سلَمًا؛ لأنه لم توجد شرائط جواز السلم، وإذا لم يكن تجويزه على موافقة هذه العقود، كان باطلا، كالاستصناع [فى الثياب، فهذا وجه القياس، ووجه الاستحسان أن القياس، وإن كان يأبى جواز الاستصناع][٢] من الوجه الذى قلتم، إلا أنا تركنا القياس، وجوزناه بتعامل الناس، فإن الناس يعاملون الاستصناع فى هذه الأشياء من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير وردّ من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، ولا من التابعين، وتعامل الناس من غير نكير وردّ من علماء كل عصر حجة يترك بها القياس، ويخص بها الأثر، ألا ترى أن دخول الحمام بالأجر جائز استحسانًا لتعامل الناس من غير نكير من علماء كل عصر وإن كان القياس يأبى جوازه؛ لأن مدة ما يمكث فى الحمام، وقدر ما يستعمل من الماء مجهول، وكذلك لو قال لسقاء: أعطنى شربة ماء بفلس جاز ذلك لتعامل الناس فيه من غير نكير وردّ من علماء كل عصر، وإن كان القياس يأبى جوازه، فكذلك هذا.

---

(١) أخرجه القرطبى فى تفسيره (٣/ ٣٧٩)، وذكره ابن حجر فى "الدراية" (٢/ ١٥١)، وقال: صححه ابن حبان والحاكم والنسائى من طريق عطاء الخراسانى عن عبد الله بن عمر، والشافعى فى "الأم" (٥/ ١٦٣)، ثم قال الحافظ: لم أجده هكذا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والأصل في ذلك ما يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[1]، والمسلمون رأوا الاستصناع حسنًا، فيكون حسنًا، بخلاف الاستصناع فيما لا تعامل للناس فيه، نحو الثياب وما أشبه ذلك؛ لأن المجوز للاستصناع التعامل، ففيما لا تعامل فيه، لا يجوز، فتعمل فيه بالقياس، ثم أمر الاستصناع فيما للناس فيه تعامل إذا جاز استحسانًا فإنما يجوز معاقدة لا مواعدة، بدليل أن محمدًا رحمه الله تعالى ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة لجاز قياسًا واستحسانًا، والدليل عليه أنه فصل بين ما للناس فيه تعامل وبين ما لاتعامل للناس فيه، ولو كانت مواعدة لجاز في الكل.

والدليل عليه أن محمدًا رحمه الله تعالى قال في الكتاب: إذا فرغ الصانع من العمل، وأتى به، كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يرَه، فقد سماه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الأجر، فإنه يملك.

ولو كانت مواعدة لا معاقدة لكان لا يصير الأجر ملكًا له، فدل أنها تنعقد معاقدة لا مواعدة، ثم كيف ينعقد معاقدة [يقول][2] ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعًا انتهاء متى سلم قبل التسليم بساعة، بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل، بطل الاستصناع، ولا يستوفى المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعًا ابتداء وانتهاء، لكان لا يبطل بموته، كما في بيع العين والسلم.

١٣٠٤٥- وقال محمد رحمه الله تعالى: إن أتى به الصانع، كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى شيئًا لم يرَه، ولو انعقد إجارة ابتداء وانتهاء، لم يكن له خيار الرؤية كما في الخياط والصباغ، ولو كان ينعقد بيعًا عند التسليم لا قبله بساعة، لم يثبت خيار الرؤية؛ لأنه يكون مشتريًا ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المشترى، فعلمنا أنها تنعقد إجارة ابتداء، وإن كان القياس يأباه؛ لأنه إجارة على عمل في ملك الآجر، ثم يصير بيعًا انتهاء قبل التسليم بساعة، وإن كان القياس يأبى أن يصير الإجارة بيعًا، لكنا تركنا القياس في الكل لمكان التعامل، والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعًا، فلا بد من اعتبارهما جميعًا، واعتبارهما

---

(١) أخرجه الحاكم في "المستدرك" (٤٦٥)، ورواه البيهقي أيضًا في "شعب الإيمان" (٤٣١٦)، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" (١/ ١٧٧): باب الإجماع، وذكره العجلوني في "كشف الخفاء" (١/ ١٨٢ و٢/ ٢٤٥) والزيلعي في "نصب الراية" (٤/ ١٣٣): باب الإجارة الفاسدة، وعزاه إلى الحاكم في "المستدرك"، وقال: صحيح الإسناد.

(٢) وفي النسخة "ظ": على القول به مكان يقول.

جميعًا في حالة واحدة متعذر ؛ لأن بين الإجارة والبيع تنافيًا ، فجوزناها إجارة ابتداء ؛ لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ، ويمنع انعقاد البيع ، فاعتبرناها إجارة ابتداء ، وجعلناها بيعًا قبل التسليم بساعة توفيرًا على الأمرين حظمهما كما فعلنا ، هكذا في الهبة بشرط العوض ، اعتبرناها تبرعًا ابتداء عملا باللفظ بيعًا انتهاء عملا بالمعنى ، ولذلك قلنا : لو مات قبل التسليم ، يبطل كالإجارة ، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار ؛ لأنه اشترى ما لم يرَه .

١٣٠٤٦ - وهذا بخلاف ما لو استأجر وراقًا ليكتب له كتابًا بحبره ، أو صباغًا ليصبغ ثوبه بصبغه ، فإنها تنعقد إجارة ابتداء وانتهاء ، وإن كان فيها تمليك العين من المستأجر ، وهو الحبر والصبغ ؛ لأن تمليك الحبر والصبغ ممكن من غير أن يجعل بيعًا في الانتهاء ؛ لاتصال الصبغ بملكه ، فإن اتصال الصبغ بملك الإنسان سبب لملك الصبغ من غير عقد أصلا ، وإذا أمكننا تمليك الصبغ من غير بيع ، لم نضطر إلى أن نجعل الإجارة بيعًا انتهاء ، وأنه خلاف القياس ، فأما ههنا تمليك العين من المستصنع تبعًا للعمل غير ممكن ، وإن اعتبرناها إجارة ابتداء ؛ لأن العمل لا يصير ملكًا له قبل ملك المحل ، وإذا لم يمكن تمليك العين منه بعقد الإجارة تبعًا للعمل ، احتجنا إلى تمليك العين منه أولا ، ولا يمكننا ذلك إلا بالبيع ، فجعلناه بيعًا انتهاء بيعًا قبل التسليم بساعة ليثبت به خيار الرؤية ، ولهذا أورد محمد رحمه الله تعالى الاستصناع في كتاب البيوع ، وفي كتاب الإجارات ؛ لأن لها شبهًا من الأجلين من الإجارة والبيع ، وأنها تنعقد إجارة ابتداء ، وتنقلب بيعًا انتهاء ، وكان له اتصالا بالكتابين جميعًا ، فلهذا أورد في الكتابين .

فإن قيل : لو كان تنعقد إجارة لكان الصانع يجبر على العمل ، ويجبر المستصنع على إعطاء الدراهم ، كما في سائر الإجارات ، ولو أتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العمل ، برئ الصانع عما لزمه بالاستصناع ، ولو انعقد إجارة ، لايستحق عليه العمل بعد العقد؟

قلنا : الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة ، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الصانع لم يجبر على العمل ، بل يتخير ، إن شاء فعل ، وإن شاء لم يفعل ، وإذا أتى الصانع بالمصنوع ، لايجبر المستصنع على القبول ، بل هو بالخيار ، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل ، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه : أن هذا العقد ليس بلازم ، ولم ينسب هذا القول إلى أحد ، وقال أبو يوسف أولا : يخير المستصنع دون الصانع ، وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى ، ثم رجع أبو يوسف عن هذا ، وقال : لا خيار لواحد منهما ، بل يجبر الصانع على العمل ، ويجبر المصنوع على القبول .

وجه ما روى عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما ، أما الصانع فلأنه ضمن العمل ،

فيجبر على العمل، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول، يتضرر به الصانع ؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلا، أو لا يشترى بذلك القدر من الثمن، فيجبر على القبول دفعا للضرر عن الصانع.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا: وهو رواية عن أصحابنا: أن المستصنع اشترى شيئًا لم يرَه، وللمشترى ما لم يرَه الخيار بالنص لا للبائع، وجه ما روى عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه، وهو المذكور في "القدوري": أنه لا يجبر كل واحد منهما، أما لا يجبر الصانع على العمل، وإن كان ينعقد إجارة؛ لأنه لايمكن العمل إلا بإتلاف عين، والإجارة تنفسخ بهذا القدر، ألا ترى أن المزارع له أن يمنع من العمل إذا كان البذر من جهته، ورب الأرض كذلك؛ لأنه لا يمكنه المضى في هذه الإجارة إلا بإتلاف عينه، وكذلك لو استأجر رجلا ليقطع يده، وقد وقع فيها أكلة، كان له أن يمتنع، فكذلك هذا، ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم، وإن شرط تعجيله؛ لأن الإجارة في الأجرة شراء ما لم يرَه، ومن اشترى ما لم يرَه، كان له أن يفسخ العقد، ولا يعطى البدل، ولأن جواز الاستصناع بخلاف القياس لأجل الحاجة والضرورة في الجواز، لا في اللزوم، بقى اللزوم على أصل القياس، وعن هذا قلنا أن للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع؛ لأن العقد ليس بلازم، فإذا رآه، ورضى به ليس له أن يبيعه؛ لأن الصانع بالإحصار أسقط خياره، ولزم العقد من جانبه، فإذا رضى به المستصنع، يثبت اللزوم في حقه أيضًا، فلا يكون للصانع أن يبيع بعده.

وأما قوله: لو أتى بمصنوع صنعه قبل العقد، لم يجبر على العمل، قلنا: المقصود من العمل المعمول، فإذا سلم المعمول سقط عنه العمل، هذا إذا لم يضرب لذلك أجلا، فأما إذا ضرب لذلك أجلا، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لو أجّل يصير سلَمًا، ولا يبقى استصناعًا حتى يجب تعجيل رأس المال في المجلس، ومتى أتى بالمصنوع على الوصف الذى وصفه لا يكون له خيار الرؤية.

١٣٠٤٧- وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إنه لا يصير سلَمًا، بل يبقى استصناعًا، وهذا في استصناع للناس فيه تعامل، فأما ما لا تعامل للناس فيه كالاستصناع في الثياب، فإنه ينقلب سلَمًا بضرب الأجل بالإجماع هكذا، قالوا: وذهبا في ذلك إلى أن الاستصناع، ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعًا انتهاء، فإذا ضرب فيه الأجل، فاعتبار معنى الإجارة فيه يمنع أن يصير سلَمًا [لأن الإجارة لاتصير سلَمًا بضرب الأجل، كما لو قال للخياط: خط هذا الثوب غدًا، أو إلى شهر، لا يصير سلَمًا][1]، واعتبار معنى البيع يوجب أن يكون

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

سلَمًا ؛ لأن المستصنع فى حكم مبيع عين، ولهذا يثبت للمستصنع خيار الرؤية، وضرب الأجل لا يصح فى الأعيان، وإنما يصح فى الديون، فضرب الأجل اقتضى أن يكون المبيع دينًا فى الذمة، والمبيع لا يثبت دينًا فى الذمة إلا سلَمًا، فقد اجتمع ما يوجب أن يكون الاستصناع سلَمًا، وما يمنع، وقد أمكن تجويزه استصناعًا من غير أن يجعله سلَمًا، فلا نجعله سلَمًا، وقد استوى الموجب لصيرورته سلَمًا مع المانع بخلاف ما لا تعامل للناس فيه؛ لأنه لا يمكن تجويزه استصناعًا، فجوزناه سلَمًا.

وأما أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول: اجتمع ما يوجب أن يصير الاستصناع سلَمًا، وما يمنع، وترجح ما يوجب أن يكون سلَمًا على ما يمنع، فجعلناه سلَمًا، وإنما قلنا ذلك؛ لأن اعتبار معنى الإجارة، إن كان يمنع أن يكون سلَمًا اعتباره معنى البيع يوجب أن يكون سلَمًا، فقد استويا.

وهنا اعتبار آخر يوجب أن يصير سلَمًا، وهو أنا لو جوزناه سلَمًا، ورجحنا جانب البيع كان فى ذلك تجويز هذا العقد على موافقة القياس من وجه؛ لأن المبيع حينئذٍ يثبت دينًا فى الذمة، وثبوت البيع فى الذمة على موافقة القياس من وجه كما فى السلم، فأما متى صار استصناعًا لم يكن المبيع فى الذمة دينًا ولا عينًا، وهذا خلاف القياس من كل وجه، فصار ما يوجب صيرورته سلَمًا شيئان، وما يمنع شىء واحد، فيكون العبرة لما يوجب، ثم إذا صار سلَمًا لم يكن للمستصنع خيار الرؤية، كما فى سائر الإسلام لا يثبت خيار الرؤية، وإن اشترى ما لم يرَه.

فرق بين هذا وبين بيع العين، فإن للمشترى فى بيع العين خيار الرؤية، وإنما كان كذلك، وذلك لأن إثبات خيار الرؤية لا يفيد فى السلم؛ لأن فائدة خيار الرؤية الفسخ، ولا يحصل هذا المقصود متى أثبتنا خيار الرؤية فى السلم، وذلك لأنه متى رد المقبوض بخيار الرؤية لا ينفسخ السلم؛ لأنه لم يرد عين ما تناوله [العقد؛ لأن العقد لم يتناول][1] هذا المقبوض بعينه، وإنما يتناول مثله دينًا فى الذمة، ولا ينفسخ العقد برده، بل يعود حقه إلى مثله، وإذا لم يفد ثمرته وحكمه، لا يثبت، وفى بيع العين يفيد ثمرته وحكمه؛ لأن حكمه الفسخ والبيع ينفسخ متى رده بخيار الرؤية؛ لأنه رد عين ما يتناوله العقد، فينفسخ العقد برده، وإذا أفاد حكمه وثمرته، ثبت -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الخامس والعشرون
في البياعات المكروهة والأرباح الفاسدة
وما جاء فيها من الرخصة

١٣٠٤٨- قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: العرية التي فيها الرخصة ليس تفسيرها عندنا أن يشتري الثمار على رؤوس النخيل بثمار مجذوذة كيلا أو مجازفة، فإن ذلك لايجوز عندنا، وإنما تفسيرها أن يهب الرجل ثمرة نخيله من بستانه لرجل، ثم يشق على المعري دخول المعراء له في بستانه كل يوم، ويكون أهله في البستان، ولايرضى من نفسه خلف الوعد، والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان كذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص، يعني بالحزر والظن، ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مخالفًا للوعد، وهذا جائز؛ لأن الموهوب لم يصر ملكًا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضًا عنه، بل يكون هبة مبتدأة لكن يسمى بيعًا مجازًا؛ لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن الخلف في الوعد.

فإن قيل: لو كان تفسير العرية ما قلتم: ينبغي أن لا تقتصر الرخصة على ما دون خمسة أوسق [والراوي ذكرها مقصورة على ما دون خمسة أوسق؟

قلنا: عندنا الرخصة غير مقصورة على ما دون خمسة أوسق][1] إلا أن الراوي إنما ذكر الرخصة مقصورة، إذ[2] العرية التي وقعت كانت فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوي أن الرخصة مقصورة فروى كما ظن -والله أعلم-.

١٣٠٤٩- اختلف المشايخ في تفسير العينة التي ورد النهي عنها في قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا تبايعتم بالعين وأتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم»[3] قال بعضهم:

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "ظ"، وبعضها من النسختين: "ف" و"م".

(٢) وفي النسختين: "ف" و "م": لأن مكان إذ.

(٣) أخرجه أبو داود في "سننه" (٣٤٦٢): باب في النهي عن العينة، والبيهقي في "الكبرى" (١٠٤٨٤): باب ما ورد في كراهية التبايع بالعينة، وأبو نعيم في "حلية الأولياء" (٥/ ٢٠٩)، وابن عدي في "الكامل في ضعفاء الرجال" (٥/ ٣٦٠)، وذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٤/ ١٦)، وقال: رواه الإمام أحمد في "كتاب الزهد" من طريق ابن عمر، وقال: هذا حديث صحيح، ورجاله ثقات، والحديث ذكره أيضًا

تفسيرها أن يأتي الرجل المحتاج إلى آخر يستقرضه عشرة دراهم، ولايرغب المقرض في الإقراض طمعًا في الفضل الذي لا يناله بالقرض، فيقول: ليس بتيسير على الإقراض، إذ لا يحصل به ربح، ولكني أبيعك هذا الثوب إن شئت باثني عشر درهمًا، وقيمته في السوق عشرة لتبيع في السوق بعشرة فيرضى به المستقرض، فيبيعه المقرض منه باثني عشر درهمًا، ثم يبيعه المشتري في السوق بعشرة، فيحصل لرب الثوب ربح درهمين بهذه التجارة، ويحصل للمستقرض قرض عشرة، سميت هذا العقد بالعينة؛ لأنه أعرض عن الدين إلى بيع العين، وقال بعضهم: تفسيرها أن يدخلا بينهما ثالثًا، فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثنتي عشرة درهمًا، ويسلمه إليه، ثم يبيع المستقرض من الثالث الذي أدخلاه بينهما بعشرة، ويسلم الثوب إليه، ثم إن الثالث يبيع الثوب من صاحب الثوب، وهو المقرض بعشرة، ويسلم الثوب إليه، ويأخذ منه العشرة، ويدفعها إلى طالب القرض، فيحصل لطالب القرض عشرة دراهم، ويحصل لصاحب الثوب عليه اثني عشر درهمًا، وهذا حيلة من حيل الربا.

وكان محمد بن سلمة البلخي رحمه الله تعالى يقول لتجار بلخ: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من تبايعكم هذا.

١٣٠٥٠- وفي "فتاوى النسفي": أن البيع الذي تعارفوه أهل سمرقند وسموه بيع الوفاء، تحرزًا عن الربا في الحقيقة رهن، والمبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن، لا يملكه ولايحل له الانتفاع به إلا بإذن الراهن، وهو ضامن لما أكل من ثمرته، واستهلكه من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان فيه وفاء بالدين، وللبائع استرداده إذا قضى الدين، إذ لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حق حكم من الأحكام، وعليه فتوى السيد الإمام أبي شجاع السمرقندي، وفتوى القاضي الإمام علي السغدي ببخاري، وكثير من الأئمة على هذا.

١٣٠٥١- وفي "فتاوى أبي الفضل": سئل عن كرم بيد رجل وامرأة، باعت المرأة نصيبها من الرجل، واشترطت أنها متى جاءت بالثمن، رد عليها نصيبها، ثم باع الرجل نصيبه، هل للمرأة فيه الشفعة، قال: إن كان البيع بيع معاملة، ففيه الشفعة للمرأة، سواء كان نصيبها من الكرم في يدها، أو في يد الرجل، قيل: لِمَ؟ قال: لأنه بيع المعاملة والتلجئة حكمه حكم الرهن، وللراهن الشفعة، وإن كان الرهن في يد المرتهن، وبعض مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى، قالوا: إذا لم يكن الوفاء مشروطًا في البيع، يجعل هنا بيعًا في حق المشتري حتى يحل له الانتفاع بالمشتري، كما يحل له الانتفاع بسائر أملاكه، ويجعل رهنًا في حق البائع

المناوي في "فيض القدير" (١/ ١٩٠ و٣١٣).

حتى لايتمكن المشترى من بيعه، وإذا مات لا يورث عنه، وإذا جاء البائع بالمال، يؤمر المشترى بأخذ المال ورد المبيع عليه، ويجوز أن يكون للعقد الواحد حكمان، وقد مرّ نظير هذا فى السلم، وإنما فعلنا هكذا لحاجة الناس بعضهم إلى أموال البعض مع صيانتهم عن الوقوع فى الربا.

١٣٠٥٢- وسئل أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى عمن يحتاج إلى شراء الأشياء، ويخاف الوقوع فى الحرام، هل يجب عليه أن يسأل عن كل أحد يريد الشراء منه عن حال ما يريد شراءه، قال: الأشياء على ظاهرها التى جرت العادة عليه حتى تجيء العوارض، فإذا كان نقدا قد غلب الحرام على أهله لو كان البائع ممن يتخذ المال من خبيث، فالسؤال حسن، وإن كان نقد الغالب على ظنه الحلال فى الأسواق لا يجب السؤال.

١٣٠٥٣- وسئل ابن مقاتل عن بيع الزنار لأهل الذمة، قال: لا بأس به؛ لأن ذلك زى لهم، ويكره بيع المكعب المفضض من الرجال إذا علم أنه يشتريه ليلبسه.

١٣٠٥٤- وسئل الفقيه أبو بكر عمن يريد بيع عبده الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصى الله به، قال: يكره؛ لأنه إعانة على معصية الله تعالى.

١٣٠٥٥- وسئل أبو القاسم عمن يبيع ويشترى فى الطريق، قال: إن كان الطريق واسعًا، ولا يكون فى قعوده ضرر للناس فلا بأس به.

وعن أبى عبد الله القلانسى: أنه كان لا يرى بالشراء منه بأسًا، وإن كان بالناس ضرر فى قعوده، والصحيح هو الأول؛ لأنه إذا علم أنه لا يشترى منه لايبيع على الطريق، فكان هذا إعانة له على المعصية، وقد قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقوى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾(١)، وبعض مشايخنا قالوا: لا يجوز له القعود على الطريق، وإن لم يكن للناس فى قعوده ضرر، ويصير بالقعود على الطريق فاسقًا؛ لأن الطريق ما اتخذ للجلوس فيه إنما اتخذ للمرور فيه.

١٣٠٥٦- رجل اشترى شيئًا بعشرة دراهم صغار، فدفع إليه العشرة، وبعضها كبار، وهو لا يعلم لا يحل للبائع أن يأخذ، ويصرف إلى حوائجه.

وسئل بعض مشايخ بلخ عن بيع الطين الذى يوكل، قال: لا يعجبنى بنفسه إذا لم ينتفع به إلا الأكل؛ لأنه يضر ويقتل.

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

١٣٠٥٧- رجل له سلعة معيبة يريد بيعها ينبغي أن يبين حتى لا يقع المشترى فى الغرور، وقال بعض مشايخنا: لو لم يبين، وباع، صار فاسقًا مردود الشهادة، ولانأخذ به.

١٣٠٥٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى آخر بيوع "الجامع الصغير": ولا بأس ببيع من يزيد، وهو بيع الفقراء، وبيع من كسدت بضاعته، وقد صح أن رسول الله ﷺ باع قدحًا وحلسًا، ونصًا وحلسًا له ببيع من يزيد[1]، والناس تعاملوا ببيع المزايدة فى الأسواق من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر.

١٣٠٥٩- والاستيام على سوم الغير مكروه، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه»[2]، وظن بعض الناس أن بيع المزايدة استيام على سوم الغير، وليس كذلك.

والفرق بين بيع المزايدة وبين بيع الاستيام على سوم الغير عرف أن صاحب المال إذا كان ينادى على سلعة، فطلبه إنسان بثمن، فكف عن النداء، وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد فى ذلك، وهذا استيام على سوم الغير، وإن لم يكف عن النداء، فلا بأس لغيره أن يزيد، ويكون هذا بيع المزايدة، ولا يكون هذا استيامًا على سوم الغير، وإن كان الدلال هو الذى ينادى على السلعة، وطلبه إنسان بثمن، فقال الدلال: حتى أسأل المال، فلا بأس للغير بأن يزيد فى هذه الحالة، فإن أخبر الدلال المالك بذلك، فقال: بعه بذلك، واقبض الثمن، فليس للغير أن يزيد بعد ذلك، وهذا استيام على سوم الغير، وهذا لأن النهى عن الاستيام على سوم الغير لدفع الوحشة، والوحشة إنما تحصل إذا ركن صاحب السلعة إلى ما طلب منه، وعزم على بيعها بذلك، أما قبل ذلك فلا.

١٣٠٦٠- إذا باع العصير ممن يتخذه خمرًا، فلا بأس به، وهذا قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعلى قول أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يكره.

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٢٥٧٧): باب الشروط فى الطلاق، ومسلم فى "صحيحه" (١٥١٥): باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وابن حبان فى "صحيحه" (٢١٩٥)، والحاكم فى "المستدرك" (٣٢٩٥)، وأبو عوانة فى "مسنده" (٤٨٩٠)، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (١٠٦٧٦): باب لا يسوم أحدكم على سوم أخيه، والنسائى فى "المجتبى" (٤٤٩١): باب بيع المهاجر للأعرابى، والطبرانى فى "الأوسط" (١١١٧) وغيرهم.

(٢) أخرجه الضياء المقدسى فى "الأحاديث المختارة" (٢٢٦٧)، والنسائى فى "سننه" (٤٥٠٨): باب البيع فيمن يزيد، وفى "الكبرى" (٦٠٩٩)، وأحمد فى "مسنده" (١١٩٨٦)، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٢٢)، وعزاه إلى أصحاب السنن الأربعة.

١٣٠٦١- وأجمعوا على أنه إذا باع العنب أو الكرم ممن يتخذه خمرًا أنه لا بأس به، فوجه قولهما، وهو الفرق بين العنب والعصير أن فى العصير الفساد، والفتنة من المشترى تحصل بعين ما تناوله العقد، فصار كبيع السلاح من أهل الفتنة فى أيام الفتنة، وفى فصل العنب الفساد، والفتنة من المشترى لا تحصل بعين ما تناوله العقد بل تحصل بعين آخر، فإن ماتناوله العقد يتبدل، وكأنه بمنزلة ما لو باع الحديد من أهل الفتنة، ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الفتنة والفساد لا تقع إلا بعد تغير المعقود عليه فى نفسه، فلا يكره كبيع الحديد من أهل الفتنة والفساد.

١٣٠٦٢- ولا بأس ببيع السرقين، ويكره بيع العذرة يريد به الخالصة، فإن كانت مخلوطة بالتراب، فلا بأس ببيعها عندنا.

١٣٠٦٣- وقال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": عن أبى حنيفة تعالى عنه: فى رجل اشترى من آخر جارية شراء فاسدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم تصرف كل واحد منهما فيما صار له، يعنى المشترى فى الجارية، والبائع فى الدراهم، وربح طاب للبائع ما ربح من الدراهم، ولم يطب للمشترى ما ربح فى الجارية، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد.

يجب أن يعلم أن الخبث نوعان: خبث لعدم الملك ظاهرا، وخبث فى الملك لفساد سببه، والمال نوعان: نوع يتعين بالتعيين، كالعروض، ونوع لا يتعين بالتعيين، كالأثمان، فإن كان الخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين جميعًا فى العروض والأثمان حتى لا يطلب الربح، كالمودع يتصرف فى الوديعة [عرضًا أو ثمنًا، وكالغاصب إذا تصرف فى المغصوب وربح][1] لا يطيب له الربح، سواء كان المغصوب عرضًا أو ثمنًا؛ لأن الخبث لعدم الملك، غير أن الثابت فى العرض حقيقة الخبث؛ لأن العقد يتعلق بمال غيره وقت المباشرة، وإن كان فى الثانى يصير مملوكًا للغاصب، والثابت فى الأثمان شبهة الخبث؛ لأن العقد لم يتعلق به استحقاق، وإنما تعلق به إشارة، وهى ملك الغير، فصار ملك الغير وسيلة إلى الربح من وجه، فيتمكن فيه شبهة الخبث، فيجب التصدق، وإن كان الخبث فى محل مملوك له بفساد سببه يعمل فى العروض حتى لا يطيب له ما ربح فى العروض، ولا يعمل فى النقود حتى يطيب ما ربح فيها عند فساد السبب، هذا هو طريق بعض المشايخ فى تخريج المسألة، وطريق بعضهم أن العقد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

لايتعلق بالدراهم المملوكة بالعقد الفاسد إنما[1] يتعلق بمثلها دينًا فى الذمة؛ لأن الدراهم لاتتعين فى عقود المعاوضات، فالربح على مثل الدراهم المملوكة بالعقد الفاسد لا على عينها، وطاب له، فأما الجارية، فقد تعلق بها العقد، فكان الربح [حاصلا على ما ملك][2] بعقد فاسد والعقد الفاسد معصية، وكان فيه نوع خبث، والربح الحاصل من أصل الخبث سبيله التصدق، وطريق بعضهم أن الفساد ساقط الاعتبار حكمًا فى حق الدراهم والدنانير؛ لأن حق المالك انقطع عن العين حتى لا يجب على القابض والمقبوض بعينه، ولو كان للفساد عبرة فى جانب[3] الدراهم والدنانير لكان لا ينقطع حق المالك عن العين، كما فى جانب المبيع، فصار وجود البيع الفاسد وعدمه بمنزلة فى حق الدراهم والدنانير، بقى مجرد الإذن بالقبض للتصرف فيه من غير بيع، ولو أذن له بالقبض للتصرف من غير بيع كان فرضًا، وكان التصرف فيه مباحًا، كذا ههنا، فأما الفساد غير ساقط الاعتبار حكمًا فى حق الجارية؛ لأن حق المالك لا ينقطع عن عينها، فهذا ربح حصل من أصل ملك بسبب فاسد، فلا يطيب له.

١٣٠٦٤- وذكر محمد رحمه الله تعالى فى إجارات "الجامع الكبير": حكم الدراهم المملوكة بعقد فاسد فى طيبة الربح على نحو ما ذكره فى "الجامع الصغير".

وذكر بعض المشايخ فى "شرح الجامع الكبير": أن هذا الجواب إنما يستقيم على الرواية التى تقول: بأن الدراهم [والدنانير][4] متى ملك ببيع فاسد ينقطع حق المالك عن عين الدراهم والدنانير، أما على الرواية التى تقول: بأن المالك حقه لاينقطع عن عينها، وللمالك أن يأخذ عينها، يجب أن لا يطيب له الربح؛ لأن الفساد بقى معتبرًا فى حقها حكمًا، فهذا ربح حصل من ملك استفيد بسبب فاسد، فلا يطيب له.

١٣٠٦٥- وذكر فى إجارات "الجامع": أن من استقرض من آخر ألفًا على أن يعطى المقرض كل شهر عشرة دراهم، وقبض الألف، وربح فيها، طاب له الربح؛ لأنه ربح استفاد بسبب مباح؛ لأن استقراض الألف على أن يعطى المستقرض المقرض كل شهر عشرة إجارة للألف ليتصرف فيها، وهذه إجارة باطلة؛ لأنها إجارة ما لايمكنه الانتفاع به إلا بعد استهلاكه،

---

(١) وفى "ف": حتى إنما.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: على ما حصل.

(٣) وفى "م": فى حق الدراهم.

(٤) هكذا فى "ف" و"م"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": المملوكة.

فلم تنعقد الإجارة لافاسدة ولاجائزة، ولهذا لم يجب الأجر بقى مجرد القرض من غير إجارة، وأنه مباح، فكان الربح حاصلا بسبب هو مباح.

١٣٠٦٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": ولو أن رجلا قال لآخر: لى عليك ألف درهم فاقضها، فقضاها، وتصرف القابض فيها، وربح، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين، يطيب له الربح؛ لأنه ملك المقبوض ملكًا فاسدًا؛ لأنه بمنزلة بدل المستحق؛ لأن وجوب الدين بالتسمية، فإذا تصادقا بعد التسمية من أنه لم يكن عليه دين، صار بمنزلة ما لو لم يستحق المعوض[1]، فينفذ الملك فى العوض، لكن لا يبطل، فتتمكن شبهة عدم الملك، ولو حصل الربح من دراهم غير مملوكة يتمكن فى الربح شبهة الخبث [فإذا حصل من دراهم فيه شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث][2]، فلا يعتبر فى وجوب التصدق.

١٣٠٦٧- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل باع من آخر حنطة، ثم إن البائع باعها من آخر، فقبضها المشترى الثانى، واستهلكها، فالمشترى الأول بالخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ الثانى بمثلها، فإن أخذه بمثلها، فباعه بأكثر من رأس المال، قال: طاب له الفضل.

قلت: أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: يتصدق بالفضل، قال محمد: أن يقبل ذلك، وقال: إنما يتصدق بالفضل إذا أخذ قيمته دراهم.

١٣٠٦٨- وقال أبو يوسف رحمه الله: رجل اشترى عبدًا، وقبضه، ومات عنده، فأقام رجل بينة أنه اشتراه قبله، قال: له أن يضمنه قيمته، ويتصدق بفضل القيمة على الثمن.

١٣٠٦٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل أمر رجلا أن يشترى له متاعًا بألف درهم، فاشتراه بنقد البلد، فأعطاه الآمر، وصح، ونقد المشترى فى ثمن المتاع غلة[3] هل يطيب له الفضل، قال: إن علم الآمر بذلك، وحلله فيه[4]، فهو طيب له، وإن لم يعلم، فإن فى نفسى ما فيها من هذا، ولم يجب شيء.

١٣٠٧٠- وفى "المنتقى": رجل غصب من آخر عبدًا، فباعه [بعبد، ثم باع العبد الثانى

(١) وفى "م": صار بمنزلة ما لو استحق المقبوض، فتفسد الملك فى العوض، ولكن لا يبطل.
(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".
(٣) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": ونقد المشترى، وثمن المتاع عليه.
(٤) وفى "م" و"ف": منه.

بعرض، ثم باع العرض بدراهم، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يتصدق بالفضل عما ضمن من قيمة العبد الغصب، وكذلك لو اغتصبه ألف درهم، واشترى بها عبدًا، فباعه][1] بألفين، ثم اشترى بالألفين[2] عرضًا، وباعه بأكثر من ذلك.

١٣٠٧١- وقال أبو يوسف في المسألتين جميعًا: يطيب له الفضل، ولو اشترى أمة شراء فاسدًا، وباعه بأمة، فإنه يحل له وطء هذه الأمة، ولم يكن يحل له وطء الأولى.

قال ابن سماعة: وروى أصحابنا أنه قال: يعني أبا يوسف: لو باع هذه الأمة الثانية تصدق بما زاد على قيمة الأمة الأولى التي ضمن قيمتها، ووافق أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه في البيع الفاسد، فإنه يقول: لو باع المبيعة بيعًا فاسدًا بعرض، ثم باع ذلك العرض بفضل عما ضمن من قيمة البيع الفاسد أنه يتصدق بالفضل، وجعل البيع الفاسد أشد من الغصب في هذا.

١٣٠٧٢- هشام عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل اشترى من رجل دجاجة ببيضة بغير عينها، فلم يقبض الدجاجة حتى باضت خمس بيضات [فإن البيضة التي هي ثمن تقسم على الدجاجة وعلى خمس بيضات][3]، فما أصاب الدجاجة أخذها به، وما أصاب البيضات الخمس أخذ حصة ما يصيب البيضة من البيضة، ويتصدق ببقية البيض، ولو اشتراها ببيضة بعينها، فهو جائز كله.

وكذا لو اشترى نخلة بمد من رطب بغير عينه، فلم يقبض النخلة، حتى النخلة حملت رطبًا، فإن اشتراها بثمن بعينه، فهو جائز على نحو ما بينا.

١٣٠٧٣- بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو باع درهمًا من نصراني بدرهمين، ثم أسلم، قال: إن عرف صاحبه، فليرد عليه الفضل، وإن لم يعرف يتصدق به.

١٣٠٧٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى أمة بيعًا فاسدًا، وقبضها، وباعها، وقضى القاضي عليه بالقيمة للبائع الأول، وأداها إليه، وأبرأه البائع الأول من الثمن، وفي الثمن الثاني فضل القيمة التي أداها، فإنه يتصدق بذلك الفضل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإنما طاب للمساكين [على قياس اللقطة،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي "م": ثم اشترى بالألفين، ثم جاء وباعه بأكثر من ذلك... إلخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

وقال فى هذا الربح لا يطيب لهذا المشترى، وإن كان فقيراً من قبل أنه اكتسبه بمعصية، ويطيب للمساكين][١]، وهو أطيب له من اللقطة؛ لأنه يملك الذى يتصدق به، فإن لم يتصدق بالربح حتى عمل بالثمن، وربح ربحًا فبيعت فيها بيوع كلها ربح، قال: يتصدق بالفضل فى جميع ذلك.

١٣٠٧٥- ولو غصب مالا، أو عمل بوديعة، أو مضاربة خالف فيها، وربح تصدق بالفضل فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يطيب له الفضل من قبل أنه كان له أن ينقد فى ذلك غير الغصب، ولو اشترى بغير الغصب ونقد الغصب، أو اشترى بالغصب، ونقد غير الغصب، فهو كذلك فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يتصدق بهذا إنما يتصدق إذا اشترى به، ونقده.

١٣٠٧٦- وقال أبو يوسف: إذا اشترى جارية بألف درهم، وولدت فى يد البائع ولدًا، وقبضهما المشترى، وفيهما فضل كثير على الثمن، فذلك طيب له، ولو قتلا فى يد البائع، واختار المشترى، وأخذ القيمة، فإنه يتصدق بالفضل، ولو قتل [الولد وحده][٢]، فإنه يتصدق بفضل قيمته على حصته من الثمن.

١٣٠٧٧- ولو اشترى عبدًا بألف درهم، فقتله عبد قبل القبض، فدفع به، أخذه المشترى، وفى قيمته فضل على الثمن، فليس عليه أن يتصدق به؛ لأنه عرض، وليس يحتسب بالفضل فى العرض، إنما يحتسب به فى الدراهم والدنانير، ولو باع هذا العبد بفضل أكثر مما كان فيه، أو أقل، فإنه يتصدق بالفضل، ولا يجاوز ما كان فيه، إنما يتصدق بالأقل من الربح الذى صار فيه، ومن الفضل بالقيمة يوم قبض هذا العبد، ولو باع هذا العبد بعرض لا يتصدق بشىء، وإن كان فيه فضل، فإن باع ذلك بدراهم أو دنانير فيها فضل، فإنى أنظر إلى قيمة العبد المدفوع بالجناية يوم قبضه، فإن لم يكن فيه فضل يومئذٍ لم يتصدق بشىء، وإن كان فى قيمته فضل يومئذٍ نظر إلى ذلك الفضل، فإن[٣] هذا الربح الذى صار فى يده، فيتصدق بالأوكس[٤]

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) هكذا فى النسختين: "م" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": الواحد.

(٣) وفى "م": وإلى مكان "فإن"..

(٤) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل: بالأكثر.

منهما.

١٣٠٧٨- ولو اشترى عبداً بألف، وقيمته ألفان، فقتل فى يد البائع، فاختار المشترى أخذ القيمة وهى ألفَا درهمٍ، ولم يتصدق بأحد الألفين، حتى ضاع أحد الألفين، وبقى الألف الآخر، لا يتصدق بشيء، ولو لم يضع، حتى إذا اشترى بها، وربح، وتصدق بأحد الألفين، وحصته من الربح عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لايتصدق بربح الألف، فإن هلك ألف درهم منها بعد ما تصدق فيها، فعليه التصدق بالألف؛ لأنها دخلت فى ضمانه بالتصرف ولو كان صالح مع القاتل من القيمة على عبد، وأعتق العبد، لم يلزمه التصدق بشيء، فإن كان أعتقه على مال، أو كاتبه على مال، فإذا لم يتصدق بشيء إلا فى خصلة أن يكون العبد يوم قبضه يساوى أكثر من رأس ماله، ويكون الذى أعتقه عليه مثل قيمته، أو أكثر، فيتصدق بذلك الفضل الذى فى القيمة على رأس ماله. الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى البيوع: غصب من آخر كر حنطة يساوى خمسين وباعه بمائة، ثم ضمنه صاحب الكر مثله، تصدق بالفضل، وإن كان ثوبًا طاب له الفضل؛ لأنه لا يجوز بيع الكر إلا بمثله، ويجوز بيع ثوب واحد باثنين -والله أعلم-.

فصل
فى الاحتكار

١٣٠٧٩- الاحتكار مكروه، وإنه على وجوه: أحدها: أن يشترى طعامًا فى مصر، أو ما أشبهه، ويحبسه، ويمتنع من بيعه، وذلك يضر بالناس، فهو مكروه للحديث المعروف، والمعنى فيه أن حق العامة تعلق بما جلب إلى المصر، فالمحتكر بالاحتكار يريد إبطال حقهم، فلا يطلق له ذلك.

والثانى: إن اشترى طعامًا فى مكان قريب من المصر، فحمل إلى المصر، وحبسه، وذلك يضر بأهل المصر، فهو مكروه أيضًا، للحديث؛ ولأنه إذا كان يحمل طعام ذلك المكان إلى المصر تعلق به حق أهل المصر، فلا يطلق فى إبطال حقهم بالاحتكار، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى.

١٣٠٨٠- وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا اشترى طعامًا فى غير المصر، وجلبه إلى المصر، فلا بأس به من غير فصل بين ما إذا كان المكان الذى اشترى فيه الطعام قريبا من المصر، أو بعيدًا عنه من غير فصل بين ما إذا كان يحمل الطعام إلى المصر، أو لا يحمل، وهذا لأن حق أهل المصر إنما يتعلق بطعام جمع فى المصر، أو جلبه إلى فنائها، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى روايتان، فى رواية مثل ما قاله أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه.

١٣٠٨١- وفى رواية: إذا اشترى به من نصف مثله، وحمله إلى المصر، واحتكر فيه يكره. الثالث أن يشترى طعامًا فى مصر، وجلبه إلى مصر آخر، واحتكر فيه، فإنه لا يكره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[1]، ولأن حق أهل المصر لا يتعلق بطعام مصر آخر، وكذلك لو زرع أرضه، وادّخر طعامه، فإنه لا يكره لأنه فى معنى الجالب؛ لأنه حدث بكسبه، ولأن ذلك خالص حقه، ولم يتعلق به حق غيره، فلا يكون احتكاره إبطالا لحق الغير، ولكن يستحب له البيع نظرًا للناس، وإشفاقًا بهم، وإذا قلّت المدة، لا يكون احتكارًا؛ لأن الناس لايتضررون فى مدة قليلة، وإن طالت المدة، يكون احتكارًا؛ لأنهم يتضررون فى مدة طويلة، فلا بد من حد فاصل بينهما، وفى الحديث قدر الطويل

(١) أخرجه ابن ماجه فى باب الحكرة والجلب برقمه ٢١٥٣، والدارمى: باب فى النهى عن الاحتكار برقمه ٢٥٤٣، والبيهقى: باب ما جاء فى الاحتكار برقمه ١٠٩٣٤.

بأربعين فما يكون قليلا، وعن أصحابنا أنهم قدروا الطويل بشهر فمادونه، يكون في حكم القليل، ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن لا يتربص العشرة وبين أن يتربص، فوبال الثاني أعظم من وبال الأول، وفي الجملة التجارة في الطعام غير محمودة.

١٣٠٨٢- قال محمد رحمه الله: ويجبر المحتكر على البيع، ولا يسعر، أما الجبر على البيع؛ لأن فيه نظرًا للعامة، وفي عدم الجبر إضرار بهم أكثر ما في الباب أن في الجبر ضرر بالمحتكر، إلا أن في هذا ضرر خاص، والضرر الخاص يسقط اعتباره عند ضرر العام، قيل: الجبر على البيع يجب أن يكون على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يجبر؛ لأن الجبر على البيع بمنزلة الحجر، وهو لا يرى الحجر على الحر، وإنما لا يسعر لما روى أن السعر قد غلا بالمدينة، وطلب من النبي ﷺ أن يسعر، فأبى، وقال: «إن الله تعالى هو المسعر القابض الباسط الرازق»[1]، وقال في حديث آخر قال: «الله يخفض ويرفع وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس لأحد منكم عندي مظلمة»[2]، ولأن الثمن حق البائع؛ لأنه يقابل ملكه، فيكون التقدير إليه، إلا إذا أغلى فيه، بأن يريد أن يبيع قفيزًا منه بمائة، والناس يشترون منه بخمسين، فيمنع البائع عنه دفعًا للضرر عن الناس.

١٣٠٨٣- وإذا رفع أمر المحتكر إلى الحاكم، فالحاكم يأمره ببيع ما هو فضل عن قوته، وعن قوت أهله على اعتبار سعة في قوته وقوت أهله، ونهاه عن الاحتكار، فإن انتهى فبها ونعمت، وإن لم ينته، ورفع إلى القاضي مرة أخرى، وهو مصر على عادته، وعظوه، وهددوه، فإن رفع إلية مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى؛ لأنه ارتكب ما لا يحل، وليس فيه حد مقدر، ومن ارتكب ما لا يحل، وليس فيه حد مقدر يعزر عليه، وإن كان أرباب الطعام يتحملون على المسلمين، ويتعدون عن القيمة تعديًا فاحشًا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فلا بأس بالتسعير بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك، ثم

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٣١٤): باب ما جاء في التسعير، وأبو داود في "سننه" (٣٤٥١) أيضًا: باب في التسعير، وابن ماجه في "سننه" (٢٢٠٠) أيضًا: باب من كره أن يسعر، وأحمد في "مسنده" (١٤٠٨٩)، والطبراني في "المعجم الصغير" (٧٨٠)، والدارمي في "سننه": باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين، وعبد الرزاق في "مصنفه" (١٤٨٩٧-١٤٨٩٨)، والطبراني في "٣٢٢"، وأبو يعلى في "مسنده" (٢٨٦١).

(٢) أخرجه أبو داود في "سننه" (٣٤٥٠): باب في التسعير، وأحمد في "مسنده" (٨٤٢٩)، والطحاوي في "كتاب الآثار" (٨٣٤)، والطبراني في "الكبير" (٤٢٧)، والبيهقي في "الكبير" (١٠٩٢٦): باب التسعير، وأبو يعلى في "مسنده" (٦٥٢١).

تعدى رجل عن ذلك القدر، فباعه بثمن فوق إجازة القاضى، يعنى أمضاه، ولم يبطله، أما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: فظاهر؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر، وفى إبطال بيعه نوع حجر عليه، أما على قولهما: فلأنهما إن كانا يريان الحجر على الحر، إلا أن الحجر هنا لم يوجد حتى لو حجر القاضى على قوم من أرباب الطعام بأعيانهم، تصير المسألة على الخلاف.

١٣٠٨٤- ومن باع منهم بما قدر الإمام من الثمن، جاز بيعه؛ لأنه غير مكره على البيع، بل هو طايع، ذكر "القدورى" فى شرحه: إذا خاف الإمام الهلاك على أهل مصر أخذ الطعام من المحتكر، وفرق، فإذا وجدوا، ردّوا مثله، وهذا صحيح؛ لأن أهل مصر فى هذه الحالة مضطرون إلى مال، والحال حالة المخمصة، وحكم الشرع فى المضطر إلى مال الغير حالة المخمصة هذا.

١٣٠٨٥- قال: والتلقى إذا كان يضر بأهل البلدة، فهو مكروه، وإن كان لا يضره، فلا يكره، وصورة التلقى: أن يخرج من البلدة إلى القافلة التى جاءت بالطعام يريدون البلدة، واشتراها خارج البلدة، وهو يريد حبسها، ويمتنع عن بيعها، ولم يترك حتى تدخل القافلة فى البلدة، فإن كان يضر بأهل البلدة، فهو مكروه إذا كان فى وقت الحاجة لأهل البلدة إليها، وإن كان لا يضر بأهل البلدة، فلا يكره إذا كان لا يلبس على أهل القافلة سعر أهل البلدة، ولا يغرهم بأن أخبر أن قيمة الطعام فى البلدة كذا، وهو صادق فى ذلك، فأما إذا ليس عليهم سعر أهل البلدة، فهو مكروه لحق أهل القافلة[1] -والله أعلم-.

---

(١) وفى "م": نظرا لأهل القافلة.

الفصل السادس والعشرون
في المتفرقات

١٣٠٨٦- دار بين اثنين، باع أحدهما نصفه يجوز، وينصرف إلى نصيبه، هذا هو جواب الكتاب، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني يقول: إن عين النصف، وقال: بعتك هذا النصف، لا يجوز، وإن لم يعين النصف إنما باعه نصف الدار مطلقًا، يجوز.

١٣٠٨٧- وسئل شمس الإسلام الأوزجندي: عن رجل مات، وترك ثلاث بنين وبنتين، فباع أحد البنين نصيبه من ابن آخر قبل القسمة من ضياع نصيبه، قال: إن كان نصيب الابن البائع معلومًا للمشتري جاز، وفي "شرح الطحاوي": أحد الورثة إذا باع شيئًا من التركة، ينظر إن باع نصيبه من كل شيء، والمشتري يعلم نصيبه يجوز، وإن باع شيئًا معينًا، لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن لا يقع هذا في نصيبه، ومعنى قوله: لا يجوز: لا يجوز البيع في كل الشيء، أما في نصيبه، يجوز.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل ادعى عينًا في يد رجل، فأقام على ذلك شاهدين، أو شاهدًا واحدًا، فقبل الحكم، باع المدعى عليه العين من رجل، أو وهبه له، قال: لا يجوز بيعه، ولاهبته، وقال الحاكم أبو الفضل في "المنتقى": هذا الجواب خلاف جواب الأصل، يريد به فيما إذا أقام شاهدًا واحدًا، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" في هذه الصورة: أن البيع جائز، وفرق بين الشاهد الواحد والشاهدين.

١٣٠٨٨- وفي "فتاوى أبي الليث": رجل قال لآخر: إن لك في يدي أرض خربة لاتساوي شيئًا، فبعها مني بكذا نسيئة دراهم، فقال: بعتها، ولم يعرفها البائع، وهي تساوي أكثر من ذلك، فالبيع جائز؛ لأنه لما قال: في يدي، صار كأنه قال: أرض كذا، فإذا أجابه فكأنه قال: بعتك أرض كذا.

١٣٠٨٩- وفي "المنتقى" عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا قال الرجل لغيره: أبيعك هذه الدار تلجية بألف درهم، أن البيع جائز، ولو قال لامرأة: أتزوجك متعة، فالنكاح باطل، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: البيع والتزويج جميعًا باطل.

١٣٠٩٠- وفي "الإملاء": إذا قال البائع: هذا لك بألف هذا لك بألفين، فقال المشتري: قبلت البيع الأول بالألف الأول، لم يجز؛ لأن البائع رجع عن البيع الأول،

فانتقض، ولو قال: قبلت البيعتين بثلاثة آلاف، فهو مثل قوله، : قبلت البيع الثاني بثلاثة آلاف، فيكون البيع بألفين، والألف الأخرى زيادة، إن شاء قبلها، وإن شاء لم يقبلها.

وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه كان لا يرى بأسًا أن يبيع الرجل من الرجل من طين هذه الأرض عمقًا للحفرة.

وفي "الأصل": إذا باع المشترى غنما بشرط أن يرد المشترى منها شاة، فالعقد فاسد؛ لأن المردود مجهول، وأنه يوجب جهالة الباقي، وإذا باع أجود الغنم، أو أردأها، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في هذه المواضع أيضًا.

وفي "المنتقى": إذا باع من آخر ثوبًا بعشرة دراهم على أن يعطيه المشترى كل يوم درهمًا، أو كل يوم درهمين، فإنه يعطيه في اليوم الأول درهمًا، وفي اليوم الثاني ثلاثة دراهم، وفي اليوم الثالث درهمًا، وفي اليوم الرابع ثلاثة دراهم، وفي اليوم الخامس درهمًا، وفي اليوم السادس درهمًا.

١٣٠٩١- وإذا باع الأرض بشربها، ولم يسم الشرب كم هو؟ ولا يعلمانه، فهو جائز، وذكر في "الجامع الصغير": علو لرجل، وسفل لآخر، فسقطا جميعًا، ثم باع صاحب العلو موضع العلو، لا يجوز، ولم يذكر ما إذا سقط العلو والسفل قائم على حاله، فباع صاحب العلو العلو، هل يجوز؟ والجواب أنه لا يجوز؛ لأنه بعد ما سقط العلو، فالثابت لصاحب العلو حق التعلي، وحق التعلي ليس بمال؛ لأنه متعلق بهواء الساحة، وأنه ليس بماله، ومحل البيع ما هو حال، فالبيع لم يصادف محله، وهذا بخلاف الشرب، حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض بالإجماع، ومقصودًا في رواية، وهو قول بعض مشايخ بلخ؛ لأن الشرب عين مال؛ لأنه عبارة عن النصيب من المال، ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: من أتلف على إنسان شربًا، ضمن، وإليه مال الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوي، وإنما لا يجوز بيعه مقصودًا في رواية، وهو اختيار مشايخنا، لمكان الجهالة، حتى لو سقط اعتبار الجهالة، بأن يبيع الشرب مع الأرض حتى دخل الشرب في العقد تبعًا يجوز بيعه، بخلاف حق التعلي؛ لأنه ليس بمال على ما ذكرنا.

١٣٠٩٢- قال محمد في "الجامع الصغير" أيضًا: بيع الطريق وهبته جائزة، وبيع مسيل الماء وهبته باطلة، فإنه كان أراد بالطريق ومسيل الماء رقبة الطريق، ورقبة مسيل الماء، فإنما وقع الفرق بين الطريق والمسيل؛ لأن الطريق معلوم الطول والعرض غالبًا، وإن لم يكن كذلك يمكن إعلامه ببيان طوله وعرضه، فكان المبيع معلومًا غالبًا، فأما مسيل الماء لا يكون معلومًا غالبًا،

ولا يمكن إعلامه غالبًا أيضًا ؛ لأن مقدار ما يشغل الماء من الأرض ومن النهر مختلف غالبًا ، فكان المبيع مجهولا ، وإن كان أراد بالطريق ، ومسيل الماء حق المرور ، وحق تسييل الماء ، فما ذكر من الجواب فى مسيل الماء أنه لا يجوز البيع باتفاق الروايات ؛ لأن بيع مسيل الماء لا يجوز باتفاق الروايات ، وما ذكر فى المرور أنه يجوز البيع رواية "الجامع الصغير" ورواية كتاب القسمة ، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى .

١٣٠٩٣- وذكر فى "الزيادات" : أن بيع حق المرور لا يجوز ، وبه أخذ الكرخى ، وإنما وقع الفرق بين حق المرور وبين حق مسيل الماء ، فى رواية من حيث جهالة المعقود عليه ، وتسييل الماء دون حق المرور إنما وقع الفرق بين حق التعلى وبين حق المرور فى رواية جواز بيع حق المرور ؛ لأن حق المرور يتعلق برقبة الأرض ، وأنها مال ، وله قرار ، فكان لهذا الحق حكم المال بطريق التبعية [فأما حق التعلى متعلق بهواء الساحة ، وأنه ليس بمال حتى يعطى له حكم المالية بطريق التبعية][(١)] ، فلهذا لم يجز .

وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب القسمة : أن بيع رقبة الطريق على أن يكون للبائع فيه حق المرور جائز ، بخلاف بيع حق المرور بانفراده فى رواية ، وبيع السفل على أن يكون لصاحب الدار حق قرار العلو عليه جائز .

١٣٠٩٤- وإذا باع علو منزل فى داره دون السفل ، فالبيع جائز ، فإن جاء مستحق ، واستحق بناء العلو دون الساحة ، ثم أجاز البيع جاز ، فقد أجاز إجازة المستحق البيع مطلقًا من غير فصل بين ما إذا قضى القاضى للمستحق بالعلو ، أو لم يقض ، وهذا جواب ظاهر الرواية ، فإن على ظاهر الرواية يقضى القاضى للمستحق ، ولا يبطل البيع بين البائع والمشترى ، فالإجازة لاقت عقدًا قائمًا ، فيعمل ، وفى المسألة روايات مختلفة ، سيأتى بيانها فى موضعها إن شاء الله تعالى .

ثم إذا أجاز إجازة المستحق ، كان الثمن كله للمستحق ، ولا يكون للبائع شىء من الثمن ؛ لأنه لما استحق العلو ، تبين أن الثابت للبائع حق التعلى ، وحق التعلى ليس بمال ، فلا يقابله شىء من الثمن ، وذكر فى كتاب الشرب ، وجعل للشرب حصة من الثمن حتى قال : لو شهد شاهدان بشرى أرض بألف درهم ، وذكر أحدهما شرب الأرض ، ولم يذكر الآخر شربها ، فإنه لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن الذى ذكر الشرب جعل بعض الثمن ، بمقابلته ، والفرق أن الشرب عين مال على ما مر ، فجاز أن يكون بمقابلته شىء من الثمن عند دخوله فى البيع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

بخلاف حق التعلي، فإنه ليس بمال، فلا يقابله شيء من الثمن، وفي كتاب القسمة جعل للمرور قسطًا حتى إن من باع داره مع ممره، واستحق الدار دون الممر، يقسم الثمن على الدار دون الممر، وكذلك قال: في رجلين باعا طريقًا، لأحدهما حق المرور، وللآخر رقبة الطريق، كان الثمن بينهما، وقال الكرخي: تأويل المسألة الأولى أن تكون نفس عرصة الطريق لهما، وتأويل المسألة الثانية أن تكون عرصة الطريق بينهما، ولأحدهما حق المرور، أما مجرد حق الاستطراق، لا يقابله شيء من الثمن، وغيره من المشايخ أجروا على الظاهر، وفرقوا بين حق الاستطراق وبين حق التعلي، والفرق ما بينا أن حق المرور أعطى له حق المالية بطريق التبعية، فجاز أن يكون بمقابلته شيء من الثمن، بخلاف حق التعلي على ما ذكرنا.

١٣٠٩٥- وفي "المنتقى": رجل اشترى قصيلا من رجل على أن يقصله، فتركه في الأرض بغير إذن رب الأرض، أو بإذنه حتى تسنبل، واستحصد، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه، قال: هو للبائع كله؛ لأنه تحول عن حاله قبل القبض من قبل أن القصيل يقصل، ثم ينبت ويحصد، قال: وليس الرطبة والقصب هكذا، قال: لو زاد ولم يسنبل، كان للمشتري مثل الرطبة، ويتصدق بالفضل إن كان ترك بغير إذنه، وقال أبو يوسف في الأول أيضًا: هو للمشتري.

١٣٠٩٦- وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى من آخر حنطة ندية مجازفة، وقد رآها، فلم يقبضها حتى [جفت، فلا خيار له، ولو اشترى رطبًا مجازفة، وقد رآها ولم يقبضها حتى][1] صار تمرًا، فله الخيار.

١٣٠٩٧- المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: أبيعك من هذا الطعام قفيزًا بدرهم، فاشترى له ذلك منه، ولم يقبضه حتى أصابه ماء، وزاد، قال: إن كان عنده طعام من ذلك الضرب، فإنه يعطيه قفيزًا منه، وإن لم يكن فالمشتري بالخيار، إن شاء قبض منه قفيزًا من هذا الطعام، وإن شاء ترك.

١٣٠٩٨- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: اشترى جارية، وشرط البائع أنها خبازة، أو مشاطة [وقبضها على ذلك، ثم هلكت عنده، ثم أقر البائع أنها لم تكن خبازة ولا مشاطة][2]، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يرجع على البائع بشيء من ذلك؛ لأن ذلك ليس بعيب، وإن كانت قائمة، فوجدها من جنس دونه، بأن شرط البائع له

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أنها حبشية مثلا، فإذا هي هندية، فإنه يردها إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة، فلا يرجع بشيء، وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله تعالى قال: لأني لا أدري كيف آخذ [من الجنسين][1]، ولا يعلم فضل ما بين الجنسين لو شرط له طحاريًا، فوجده صغديًا، فليس في الأرض أحد يعلم فضل ما بين هذين، وقد يكون من هذا الجنس ما هو خير من ذلك الأخير.

قال: وأما الخبازة فإنها تقوم عينها خبازة وغير خبازة، أشار أبو يوسف رحمه الله تعالى إلى أنه موافق لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فيما، إذا وجدها من جنس دونه أنها إن كانت قائمة، يردها، وإن كانت هالكة، لا يرجع بشيء مخالف له فيما إذا شرط أنها خبازة، فإذا هي غير خبازة، وقد ماتت في يد المشتري، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في مسألة الخبازة مثل قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ذكر المسألة بعد هذا.

قال: وكذلك كل ما يزرع وكل ما يوزن من الآنية والأوعية، وفي نسخة: والأوعية ما لا ينقص، فأما ما ينقص من الكيل والوزن له، فإنه يرجع به بنقصانه في قولهم جميعًا.

١٣٠٩٩- وفي "القدوري": ولو اشترى عصيرًا، فتخمَّرَ قبل القبض، فالبيع على حاله في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": أن البيع باطل؛ لأن الخمر ليس محلا للبيع، ولهذا لو اشترى خمرًا لا يملكه بحال، كما لو اشترى ميتة، فصار التخمر قبل القبض بمنزلة الهلاك، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان العقد.

قال أبو الحسن معنى قول محمد رحمه الله تعالى: إن البيع باطل أن للمشتري أن يبطله، واستدل على هذا التأويل بما إذا صارت خلا قبل الفسخ أنه يكون له أن يأخذه، ولو بطل العقد، لم يكن له حق الأخذ، ومعنى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: إن العقد على حاله أنه لم يبطل بعد، أما يفسد[2] بلا شك، ووجه هذ أن صحة العقد كان باعتبار المالية والتقوم، وبالتخمر إن سقطت القيمة، لم تبطل المالية حتى لو اشترى به شيئًا ملك، ولو زالت القيمة والمالية جميعًا، انفسخ العقد، كما لو مات المبيع قبل القبض، ولو بقيا جميعًا بقي العقد جائزًا، فإذا زال أحدهما، وبقي الآخر، ارتفع الجواز، ولم يرتفع أصل العقد إلا أن هذا الفساد إنما يكون بعارض على شرف الزوال، فإذا زال صار كأن لم يكن، وهو معنى تأويل أبي الحسن لقول محمد رحمه الله تعالى.

---

(١) هكذا في النسختين: "م" و"ف"، وكان في الأصل و"ظ": منه الجنس.

(٢) وفي "ف": أما لا يفسد للا شك.

١٣١٠٠- وفي "المنتقى": قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا اشترى عصيراً، وصار خمراً قبل أن يقبض المشترى، فلم يختصما حتى صار خلا، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذها بقيمتها، وإن شاء ترك، وقال أبو يوسف: بطل البيع.

١٣١٠١- وفي "نوادر بشر": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجلان بينهما دار، فباع أحدهما نصف بيت منها شائعًا في البيت، والبيت معلوم، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه قال: لا يجوز البيع؛ لأن فيه ضرراً على الشريك بقطعه نصيبه عليه عند القسم، قال: أرأيت لو باع نصف كل بيت من الدار، لم ينقطع نصيب شريكه، قال: وكذلك الأرض.

١٣١٠٢- ولو كان بين رجلين عشر من الغنم، أو عشرة أثواب هروية مما يقسم باع أحدهما نصف ثوب بعينه من رجل، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه، قال: هذا جائز، وكذلك الغنم، وهذا لا يشبه الدار[1] الواحدة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ينبغي أن يكون هذا والدار سواء في قوله.

ألا ترى أنه لو باع نصف كل شاة منها من رجل على حدة، لم يستطع شريكه أن يجمع له نصيبه فيها، فقد دخل عليه ضرر، وينقطع نصيبه، فكيف يختلفان.

١٣١٠٣- ولو أن رجلين بينهما أرض ونخل، باع أحدهما نصف نخل بعينه بأصله من رجل، لم يجز في قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه، وهذا كالبيت الذي وصفناه.

ولو باع أحدهما نصف الأرض، واستثنى نصف النخيل بأصله، فإن هذا مثل ذلك في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وكذلك لو باعه نصف الدار شائعًا إلا سهمًا[2] منها معلومًا، لم يدخل في البيع في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: أنا أرى كل هذا جائزاً لا أنقض بيعًا من أجل قسمة، لا يدرى أيكون أم لايكون، ولا يدرى لعلها إذا كانت لا تدخل في القسمة ضرر من قبل هذا البيع.

١٣١٠٤- قال محمد رحمه الله تعالى عنه: وإذا اشترى الرجل من غيره كرّاً من طعام مكايلة بمائة درهم، فاكتاله من البائع لنفسه، ثم إنه ولى رجلا بالثمن الأول، لم يكن للمشترى أن يقبضه إلا بكيل مستقبل، وإن كان المشترى الأول الذي باعه من هذا الثاني، اكتاله لنفسه بمحضر من المشترى الثاني؛ لأن الشراء الثاني حصل بشرط الكيل، وإن لم ينص فيه على الكيل باعتبار أن البيع الثاني بيع تولية، والتولية بعد[3] العقد الأول، وإقامة الثاني فيه

(١) هكذا في "م"، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: ولا يشبه هذه الدار.

(٢) وفي النسختين: "م" و"ف": إلا بيتا.

(٣) وفي "م": ينقل العقد.

مقام نفسه، وقد كان البيع الأول بشرط الكيل، فيكون الكيل مشروطًا فى الثانى ضرورة، وإن لم يكن مشروطًا نصًا، فلا يكتفى بكيل بائعه، وهو المشترى الأول لما مر فى أصل الباب، فإن اكتاله المشترى الثانى، فوجده يزيد قفيزًا رد الزيادة على المشترى الأول، سواء كانت هذه الزيادة زيادة تجرى بين الكيلين [أو زيادة لا تجرى بين الكيلين؛ لأنه زائد على المعقود عليه، فإذا ردها المشترى الثانى على الأول، ينظر إن كانت الزيادة مما تدخل بين الكيلين كانت][١] الزيادة للمشترى الأول لا يردها على بائعه، وإن كانت الزيادة مما لا تدخل بين الكيلين ردها المشترى الأول على بائعه، وهذا لأن الزيادة إذا كانت تدخل بين الكيلين، لا يمكن التحرز عنه، وذلك عفو، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٢]، فهذا دليل على أن ما يدخل بين الكيلين من الزيادة والنقصان عفو، أما إذا كانت الزيادة تدخل بين الكيلين يمكن التحرز عنها، لا يجعل عفوًا، هذا من حيث النص.

وأما من حيث المعقول، وهو أن الزيادة إنما ترد على البائع إذا ظهر خطأ الكيل الأول بيقين، وإذا كانت الزيادة تدخل بين الكيلين؛ لا يظهر خطأ الكيل الأول بيقين؛ لأن الثانى اجتهاد كالأول، فأما إذا كانت الزيادة لا تدخل بين الكيلين، ظهر الخطأ فى الكيل الأول بيقين، لا بالاجتهاد، فوجب الرد على البائع الأول، وإن وجده المشترى الثانى ناقصًا، كان للمشترى الآخر أن يأخذ المشترى الأول بحصته إذا لم يسلم له شرطه، فيرجع عليه، سواء كان النقصان يدخل بين الكيلين أولا، هل يرجع المشترى الأول على بائعه إن كان النقصان مما يدخل بين الكيلين، قال: لا إذا لم يظهر الخطأ فى الكيل الأول بيقين، وإن كان مما لا يدخل، ثبت ذلك بالبينة، أو بتصديق البائع، يرجع إذا ظهر الخطأ فى الكيل الأول بيقين لا باجتهاد، فوجب الرجوع على البائع الأول بذلك، ثم إذا كانت الزيادة تدخل بين الكيلين، فالزيادة تكون للمشترى الأول، وإن كان هو ولى الثانى جميع ما اشترى، إلا أنه ولاه ما اشترى باسم الكر، وقد سلم له ذلك، وكان الفضل رزقًا ساقه الله تعالى إليه، وكذلك لو كان البيع الثانى مرابحة؛ لأن المرابحة بيع ما اشترى بمثل الثمن الأول، إلا أنه زاد فيه ربحًا، ولما كان كذلك كان فى اقتضاء الكيل مثل التولية، ولو كان المشترى الأول باع من الطعام قفيزًا، ودفعه إلى المشترى، وقبض ثمنه، ثم إنه باع الباقى على أنه كر بمثل ما اشتراه تولية، فاكتاله الثانى، فوجده كرًا تامًا، فكذلك جائز، ولا خيار له؛ لأنه سلم له جميع ما اشترى، ولكن ثمن الكر يقسم على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

أحد وأربعين قفيزاً، فما أصاب القفيز سقط عن المشترى الثانى، وذلك جزء من أحد وأربعين جزأ من الثمن، ولزمه الباقى؛ لأن التولية بيع ما اشترى ما قام عليه، وقد وصل إليه بمقابلة القفيزشىء، فلو لم يحط عن المشترى بذلك القدر حصل بيع الثانى بزيادة على ما اشترى تولية، فصار ذلك جناية، وأنه يمكن التحرز عنه، فوجب حط قدر الجناية عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى من غير خيار، وعند محمد يخير إن شاء أخذ الكل بجميع الثمن، وإن شاء ترك، ولو كان العقد الثانى مرابحة، والباقى بحاله، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد: المشترى بالخيار، إن شاء رده، وإن شاء أمسكه بجميع ثمنه، وعلى قول أبى يوسف: يحط قدر الجناية وحصتها من الربح، وهذه المسألة من مسائل "الأصل".

١٣١٠٥- قال فى "الجامع" أيضًا: إذا اشترى كرّا على أنه أربعون قفيزاً، وكاله البايع، فوجده أربعين قفيزاً، وتقابضا، فأصاب الطعام ماء من المطر، فزاد حتى صار خمسين قفيزاً، وأفسد الماء الطعام جاز للمشترى أن يبيعه مرابحة من غير بيان [لأن العيب حدث بآفة سماوية، وهذا لا يمنع بيع المرابحة من غير بيان][1]، فإن ولاه رجلا، أو باعه مرابحة على أنه كرّ[أربعون قفيزاً][2]، فوجده خمسين قفيزاً، كان للمشترى منه أربعون قفيزاً، والمشروط له هذا القدر، وكان للمشترى خيار الرد بالعيب إن لم يعلم به وقت الشراء، وإن علم ليس له ذلك، لرضاه بالعيب، وإن كان الطعام رطبًا، وباعها مرابحة على أنه كر، فكاله المشترى، فإذا هو ينقص عن الكر، فالمشترى الآخر بالخيار إن شاء ترك لتغير شرطه عليه، وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن اشترى كرّا على أنه أربعون قفيزاً، فكاله، وقبضه، فولاه رجلا، أو باعه مرابحة، فلم يكله له حتى أصاب الطعام ماء، فزاد عشرة، ثم كاله، فوجده خمسين قفيزاً، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك لتغير المعقود عليه فى ضمان البائع على ما مر، ومتى اختار الأخذ أخذ أربعين قفيزاً؛ لما مرّ أن المشروط له هذا القدر، وسلم ما بقى من الطعام، وهو عشرة أقفزة للبائع الثانى، ولو أن البائع الثانى كال الطعام للمشترى الثانى قبل أن يصيبه الماء، وكان أربعون قفيزاً، ثم أصابه الماء فى يد بائعه، فصار خمسون قفيزاً، وأفسده الماء، فللمشترى الثانى الخيار لتغير المعقود عليه فى ضمان البائع، فإن اختار الأخذ أخذ الكل؛ لأن المبيع قد تعين بالكيل، فكانت الزيادة الحاصلة زيادة فى المبيع.

ولو باعه قفيزاً من الكر، فأصابه الماء قبل أن يقبضه، فللمشترى الخيار، إن شاء قبض من

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

ذلك الكر قفيزاً، وإن شاء ترك، وإن كان قد كال القفيز، وأفرزه؛ لما ذكرنا أن الكيل فى غير المعين قبل التسليم هدر، فكان له الخيار كما قبل الكيل، إلا أن يكون الماء أصاب المفرز دون غيره، فيأخذ قفيزاً من اليابس، ولا خيار لواحد منهما على ما مر قبل هذا.

١٣١٠٦- رجل اشترى كر حنطة بمائة درهم على أنه أربعون قفيزاً، وكاله، فإذا هو أربعون قفيزاً، فقبضه المشترى، ثم تقايلا البيع، ثم اكتاله البائع، فإذا هو يزيد أو ينقص قفيزاً، فتصادقا إن ذلك من نقصان الكيل، ومن زيادة الكيل، فالزيادة مع الأصل للبائع، والنقصان عليه لا يحط بسببه شيء من الثمن، فكذلك إن كان رطباً وقت البيع، وهو كر تام، ثم جف ونقص عند المشترى، ثم تقايلا، فاكتاله، فانتقص، وعلم أنه من الجفاف، وتصادقا عليه، فذلك كله للبائع، ولا يحط شيء من الشيء.

فرق بين هذا وبين التولية والمرابحة، فإن هنالك جعل للمشترى الثانى ما يتعين بالكيل، ولم يجعل الزيادة والنقصان عليه، وههنا جعل الزيادة والنقصان بعد الإقالة على البائع.

والفرق بينهما هو أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين، وإعادة إلى قديم الملك، وإنما تجب مراعاة الكيل فى المبادلات، وفيما يملكه الإنسان بالشراء ابتداء لا فيما يعود إلى قديم ملكه، ألا ترى أنه لو فسخ العقد بخيار الشرط، أو بخيار العيب بقضاء أو بغير قضاء، لا يعتبر فيه كيل مبتدأ، أما التولية والمرابحة، فذلك بيع مبتدأ، فيعتبر فيه الكيل إذا حصل شرط الكيل، وقد حصل شرط الكيل [لأن المرابحة والتولية بناء على العقد الأول، والأول حصل بشرط الكيل][1]، فكذا ما جعل بناء عليه.

١٣١٠٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" أيضاً: فى رجل اشترى من رجل حنطة بعينها على أنه قفيز اشتراها بدرهم، فلم يقبضه المشترى حتى أصابه ماء، فابتل، وكاله المشترى، فإذا هو قفيز، وربع قفيز، كان للمشترى الخيار، إن شاء أخذ منها قفيزاً بعينها بدرهم، وإن شاء ترك، وإنما أثبتنا له الخيار لتغير المعقود عليه فى ضمان البائع، وإنما اقتصر ملكه على القفيز؛ لأن العقد إنما انعقد باسم القفيز، فإنما يدخل تحت العقد ما يظهر بالقفيز، لا ما وقعت الإشارة إليها؛ لأن ذلك من حكم بيع المجازفة، وهذا بيع مكايلة، ألا ترى أنه لو كاله قبل إصابة الماء، فوجده أزيد، ردّ الزيادة على البائع، ولو وجده أنقص، سقط حصة النقصان من الثمن، ولما كان هكذا، فقبل الكيل لم يظهر قدر المبيع، فالزيادة الحاصلة بالماء، لم تكن زيادة فى المبيع، فلم يسلم للمشترى، وإن كان البائع قد اكتال الطعام قبل أن يصيبه الماء بمحضر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

من المشترى، فكان قفيزًا إلا أنه لم يدفعه إلى المشترى، ثم إنه أصابه الماء، فصار قفيزًا وربع قفيز، كان المشترى بالخيار، إن شاء أخذ كله بدرهم، وإن شاء تركه أما الخيار، فلما مرّ، وأما سلامة الكل له؛ لأن المعقود عليه ظهر قدره بالتقدير، وهو الكيل، والزيادة الحاصلة حاصلة فى المبيع، فيسلم للمشترى، فصار كالنخيل إذا أثمر بعد البيع قبل القبض، وإنما اشترط أن يكون الكيل بحضرة المشترى؛ لأن المعقود عليه لما كان يظهر قدره بالكيل صار الكيل شبيهًا بابتداء العقد، فشرط أن يكون بحضرة المشترى لهذا، ولهذا لو كانت الحنطة رطبًا فى الابتداء، فيبس حتى نقص، فإن كان بعد الكيل يأخذه المشترى بجميع الثمن؛ لأن المعقود عليه قد تعين بالكيل وبالجفاف، وإنما يفوت وصف الرطوبة، وفوات الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن، فإن كان نقص قبل الكيل، لا يأخذه إلا بحصته من الثمن؛ لأن المعقود عليه إنما يتعين بالكيل، فإذا كان النقصان قبل الكيل فإنما يعين قدر ثلاثة أرباع قفيز، فيأخذه بثلاثة أرباع الدراهم، ويكون المشترى بالخيار، كما لو اشترى شيئين، فهلك أحدهما قبل القبض.

ألا ترى أنه لو اشترى هذا الطعام على أنه قفيز بدرهم، وكاله، فوجده يزيد، أو ينتقص مقدار ما يجرى بين الكيلين، فإن كان زائدًا، أخذ المشترى قفيزًا منه بدرهم، وإن كان ناقصًا، أخذه بحصته من الثمن، ولو كاله البائع للمشترى بمحضر منه، فكان قفيزًا، فلم يأخذه المشترى حتى أعيد عليه الكيل، فإذا هو يزيد، أو ينقص قدر ما يكون بين الكيلين، لزمه بجميع الثمن؛ لأن المعقود عليه قد تعين بالكيل الأول، ولم يظهر خطأ الكيال الأول، حتى لو كانت الزيادة والنقصان قدر ما لا يجرى بين الكيلين إن كان زائدًا، رد الزيادة على البائع، وإن كان ناقصًا، أخذه بحصته من الثمن فى الحالين جميعًا إذا ظهر به خطأ الكيال الأول.

١٣١٠٨- وفى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى عبدين لرجلين لكل واحد منهما عبد على حدة، وأحدهما أكثر قيمة من الآخر، ولا يعرف عبد كل واحد منهما من عبد صاحبه، فباعهما أحدهما، فالثمن بينهما نصفان، وكذلك قال فى ثوب رجل وقع فى ثياب رجل، ولم يعرف بعينه، فإنى أبيعها، وأقسم الثمن على عدد الثياب.

١٣١٠٩- ولو أوصى رجل لرجل بشاة، والآخر بصوفها، فباعا جميعًا، فإن الثمن لصاحب الشاة، وليس لصاحب الصوف شيء؛ لأن الصوف لا يباع على ظهر الشاة، ولو جعلت له نصيبًا من الثمن أفسدت البيع، وكذلك الشاة وما فى بطنها.

١٣١١٠- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": امرأة قالت لزوجها: خلعتنى بالألف التى لى عليك، وقال الزوج: لا، ولكنى بعتك بالألف التى لك

على هذا العبد الذى فى يديك، وقالت هى: لم أشتره منك، فأقامت هى بينة على الخلع، وأقام الزوج بينة على بيع العبد، أجزت البيع والخلع، وضمنت المرأة ألفًا للزوج.

١٣١١١- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل سمكة طرية، وجحد البائع البيع، فأقام بينة عليه، فالقاضى يأمر المشترى بقبض السمكة، ودفع الثمن إلى البائع، يريد به ما دام القاضى فى المسألة عن الشهود، ثم يقضى القاضى بالسمكة من المشترى والثمن من البائع، ويبيع السمكة، ويضع الثمن الثانى، والأول على يدى عدل، فإن عدلت البينة دفع الثمن الثانى إلى المشترى الأول، والثمن الأول إلى البائع الأول، وإن ضاع الثمن الثانى ضاع من مال المشترى يعنى المشترى الأول، وإن لم تعدل البينة ضمن المشترى يعنى المشترى الأول قيمة السمكة للبائع.

قال [هشام: قلت لمحمد: وكذلك العصير والرطب قال: نعم، قال][١] هشام، وسألته عن رجل ادعى على رجل أنه باع جاريته منه بألف درهم، وجحد المشترى أن يكون اشتراها، فحلفه القاضى، فحلف هل يفسخ القاضى الشراء بينهما، قال: لا، قال: قلت إن كان المدعى قبله، قال بعد ذلك: هى حرة لوجه الله تعالى هل يكون هذا إقرارًا منه بالشراء، ويلزمه قيمة الجارية، قال: لا، قلت: فإن قال المدعى: [عليه][٢] للمدعى إن كنت اشتريتها منك، فهى حرة، قال: عتقت الجارية، ولم يلزم المدعى عليه قيمتها؛ لأنها إنما عتقت بقول البائع: إنى بعتها منك.

وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لآخر: بعتك ثوبًا بعشرة دراهم، وقبضته، ولم أقبض الثمن، وقال الآخر: أخذته منك رهنًا بعشرة، والثوب هالك، قال: يضمن المرتهن الأقل من قيمته ومن عشرة.

١٣١١٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لآخر: بعتك عبدى هذا أمس بألف درهم، ولم تقبل، وقال المشترى: قبلت، فالقول قول المشترى، ولو قال المشترى: قد اشتريت منك عبدك هذا أمس، فلم تقبل، وقال البائع: قد قبلت، فالقول قول البائع؛ لأن لفظة البيع ينتظم فعلهما جميعًا، وإن قال لامرأته: طلقتك أمس بألف درهم، فلم تقبلى، فالقول قول الزوج، والعتق على مال نظير الطلاق والإجارة، والنكاح نظير البيع، وأما الكفالة بالمال، فينبغى فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا: قبله.

أن يكون القول فيه قول الضامن، فلا يلزمه الضمان إلا أن تقوم بينة على رضى المضمون له.

وعنه برواية ابن سماعة أيضًا: رجل عنده مملوك قال لغيره: بعتك مملوكى هذا قبل أن أملكه، قال: لا أصدقه، وألزمه البيع، وليس هذا كالطلاق والعتاق؛ لأن فى البيع عقدة قد عقدها، ثم يريد أن يبطلها، وليس فى الطلاق والعتاق عقدة.

وفى "نوادر بشر": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى رجل قال: أشهدوا أنى قد بعت عبدى من فلان بألف درهم، وفلان غائب، فقدم، فقال: قد كنت بعتنيه قبل ذلك المجلس، وهذا منك إقرار، وقال البائع: بل كان هذا منى ابتداء، فإن القول قول المشترى؛ لأن هذا الكلام يكون على ما مضى، وعلى ما يستقبل.

١٣١١٣- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل دارًا بثمن معلوم، وأشهد بقبض الثمن، ثم أقام البائع بينة أن المشترى أقر بعد شراء الدار، أن هذا الدار تلجيئة فى يديه، فإنى أردها على البائع، ويأخذ المشترى الثمن من البائع.

وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل جارية بثمن معلوم وتقابضا، ثم اختلفا فى ولدها، فقال البائع: قد ولدت قبل أن تشتريها، وقال المشترى: لا، بل ولدت بعد الشراء، فالقول قول من فى يده الولد، والبينة بينة المشترى.

١٣١١٤- ولو اشترى: دارًا من رجل، ونقد الثمن، واختلفا فى باب الدار، وقد نزع من موضعه ووضع فيها، فقال المشترى: أنا نزعت بعد ما اشتريت، وقبضت، وقال البائع: كان موضوعًا فيه وقت البيع، ولم يدخل فى البيع، فالقول قول المشترى إن كانت الدار فى يده، وإن كانت الدار فى يد البائع، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل عن اليمين، دخل الباب فى البيع، وللمشترى الخيار إن كان فى تعليقه ضرر، وإن حلف يخير المشترى أيضًا، إن شاء أخذ الدار من البائع من غير باب، وإن شاء ترك، ولكن بعد أن يحلف بالله ما اشترى الدار بدون الباب، وكذلك على هذا جذوع بيوت نقض، أو نقض حائط، أو شجرة مقلوعة فى أرض، أو ثمر صرم من شجرة، فالقول فى جميع ذلك قول الذى فى يديه، وإن كان الثمر على شجر، والأرض فى يد المشترى، فالقول قول المشترى، وإن كان فى يد البائع، فقال المشترى: حدث بعد البيع، وقال البائع: كان قبل البيع، ولم أشترط، فالقول قول البائع، وللمشترى الخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك.

اشترى أمة، وتقابضا، واختلفا فى الولد، فقال البائع: بعتك الأمة فى رمضان عام أول، وكانت الولاد فى شعبان، وأقام البينة، وقال المشترى: اشتريتها منك فى شعبان،

وولدت فى رمضان، وأقام البينة، والولد مشكك[١]، فالبينة فى الولادة بينة البائع؛ لأن وقته أول.

ولو أقر البائع أنه أخذ من الأمة ثوبًا، أو دراهم قبل أن يبيعها [وقال المشترى: أخذت ذلك منها بعد ما اشتريت، وقبضت][٢]، فالقول قول المشترى، أما فى الجماع والقبلة القول قول البائع.

١٣١١٥- ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبدًا، وقبضه، وأدى الثمن، وأعتقه [ثم قال رجل للبائع: كنت بعتنى الغلام قبل أن تبيعه من هذا، وأعتقه][٣]، وصدقه البائع فى ذلك، قال: يأخذ البائع منه الثمن أيضًا، ويكون فى يده ثمنان، حتى يرجع المشترى الذى قبض الغلام وأعتقه إلى تصديق البائع، ويأخذ منه الثمن، ويصير الغلام مولى الذى ادعاه أنه أعتقه أولا، وإن كذبه الغلام أن يكون مولى للذى ادعى، أولا أنه أعتقه كان مولى للذى قبض، وأعتق؛ لأن الغلام قد ثبت ولاءه من الذى قبضه، وأعتقه، فلا يتحول إلا بتصديق الغلام.

١٣١١٦- المعلى فى "نوادره": رجل قال لآخر: بعتك هذه الدابة بمائة درهم، وقال المدعى قبله: بل آجرتنيها بعشرة دراهم إلى الكوفة، فركب عليها، فإنه يحلف المدعى عليه على الشراء: ما اشتريتها بمائة درهم، فإن حلف رجع عليه المدعى للبيع بالعشرة التى أقر بها من الإجارة؛ لأنه لم يكذبه، فإن قال بعد ما أقر له بالإجارة: إنى لم أواجركها، فهذا كذاب.

فى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع من آخر رطلا من زيت فى خابية، فقال المشترى: أعطى من خابية من غيرها، فللبائع أن لا يعطيه إلا من تلك الخابية التى وقع البيع عليها.

١٣١١٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر دارًا، ثم إن المشترى لقى البائع، وقال له: لم يتهيأ لى ثمن الدار، فافسخ العقد بينى وبينك، وتصدق على بالدار التى بعتنى، فقال البائع: قد تصدقت عليك بالدار، وفسخت البيع بينى وبينك، ولم يقل الآخر شيئًا بعد هذا الكلام، قال: أجيز ذلك، وأفسخ البيع فيه، قال: ولو

---

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا: مشكل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أن رجلا باع ثوبًا له من مسكين بدرهم، ثم إن المسكين لقى البائع، وقال: إنى معسر، لا أقدر على ثمن الثوب، فإن رأيت أن نفسخ البيع، وتصدقت على بالثوب، فقال البائع: قد تصدقت عليك بالثوب، وفسخت البيع، فإنه يجوز ذلك.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل اشترى من آخر دارًا بألف درهم، ثم إن البائع قال للمشترى: تصدقت عليك بالدار، وقبل المشترى، ثم جاء البائع يطلب الثمن، وقال: إنما تصدقت عليك بدارك، قال: له أن يأخذ الثمن، وصدقته باطلة.

وفى "المنتقى": رجل اشترى من آخر عبدًا، وقبضه، ثم جاء به مشجوجًا، وقال: بعتنى مشجوجًا، فالقول قوله؛ لأن البائع يدعى لزوم البيع على المشترى فيه، وهو منكر.

وفيه أيضًا: إذا باع جارية على أنه بالخيار، فحدث بها عيب فى يد البائع، أو جنت جناية فى يد البائع، فقال البائع للمشترى: اقبضها وأنا على خيارى، فقبضها، وهو يعلم بالجناية، أو بالعيب إن كان قبضها بغير إذن البائع مع العلم بالجناية أو العيب، ثم إن البيع أجاز البيع، ثم أراد المشترى أن يردها على البايع بالجناية التى كانت عند البائع، أو بالعيب الذى حدث عنده، ليس له ذلك، وقبضه بعد العلم بالجناية، أو العيب [رضا بالعيب، وكذلك لو لم يقبضها، ولكن أعطى البائع ثمنها بعد علمه بالجناية أو العيب][(1)]، وكذا لو كان قبضها، ولم ينقد الثمن، ولم يكن عالما بالجناية، أو العيب، ثم علم بعد ذلك الجناية، أو العيب، فنقده الثمن من غير أن يأمره بذلك القاضى.

١٣١١٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": رجل اشترى شيئًا مما يفسد، نحو السمك، والفاكهة، وشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، فخاف البائع أن يفسد قبل مضى مدة الخيار فى يده، فقال للمشترى: إما أن ترد البيع حتى أبيعه من غيرك، أو تختاره، وتقبضه، ففى القياس، لا يجبر المشترى على ما أراد البائع؛ لأن المشترى ما شرط الخيار لنفسه إلا لمقصود، وهو أن يكون مخيرًا فى المدة، ولا يلزمه ضرر، فلا يكون لأحد تفويت هذا المقصود عليه بإلزامه الفسخ، أو الإجارة، أكثر ما فى الباب أن فى [عدم] إلزام الفسخ، أو الإجازة ضررًا بالبائع، إلا أن البائع ما شرط الخيار للمشترى مع علمه بحال المبيع، فقد صار راضيًا بهذا الضرر، والضرر المرضى لا يدفع، وفى الاستحسان: يقال للمشترى: إما أن ترد المبيع، وإما أن تأخذه، ولا شىء عليك من الثمن ما لم تجز البيع، ويفسد عندك، ووجه ذلك أن فى إلزام المشترى الفسخ، أو الإجازة وإن كان ضررًا بالمشترى، لكن فى عدم إلزام ذلك ضرر بالبائع،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وضرر البائع بالدفع أولى من ضرر المشترى؛ لأن ضرر المشترى أدنى، فإنه إذا قبضه يتمكن من أكله، ومن بيعه من غيره، ويتمكن من رد المبيع، ورد المبيع على البائع، فهو متمكن من دفع هذا الضرر عن نفسه، أما البائع لايتمكن من دفع ضرره عن نفسه، والضرر الذى يتمكن الإنسان من دفعه أدنى، والأدنى بالتحمل أولى، وما يقول أن البائع رضى بهذا الضرر، هذا ممنوع؛ لأنه يحتمل أنه إنما باع رجاء أن يختار المشترى الفسخ أو الإجازة قبل الفساد، وإن رضى به لكن هذا ضرر محض، والضرر المحض لا يلزم بمجرد الرضا، ولكن لا يجبر المشترى على إعطاء الثمن وإن قبضه؛ لأنه إنما أجبرناه على القبض دفعًا للضرر عن البائع، وقد حصل هذا المعنى بالقبض، والثمن ملك المشترى مع بقاء خياره، فلايجبر المشترى على إعطاءه، ولكن إذا فسد عنده، أو اختاره، حينئذٍ يلزم إعطاء الثمن، وإن لم يفسد حتى نقض المشترى البيع، رده على البائع، ولا شيء عليه من الثمن.

وذكر هشام فى "نوادره": عن محمد: أن من اشترى من آخر عصيرًا أو رطبًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وخاف البائع تخمر العصير، وتحمض الرطب مدة الخيار، فطلب قبض المشترى، فالمشترى لا يجبر عليه، وهو جواب القياس على نحو ما ذكرنا.

١٣١١٩- وفيه أيضًا: أن من ادعى على آخر أنه اشترى منه سمكة طرية فى يديه، وجحد البائع، فأقام المشترى بينة على الشراء، ويخاف فساد السمكة فى مدة التزكية، وفيه ضرر بالبائع قال: يأمر القاضى المشترى حتى يقبض السمكة، ويدفع الثمن، ثم يبيع القاضى السمكة، ويضع الثمن الأول والثانى على يدى عدل، فإن زكيت البينة دفع الثمن الأول إلى البائع والثانى إلى المشترى، وإن ضاع فى يدى العدل ضاع على المشترى؛ لأن بيع القاضى كبيعه، ولو لم تزك البينة ضمن المشترى قيمة السمكة؛ لأن الشرى لم يثبت، فبقى قابضا سمكة بجهة البيع، فيكون مضمونًا عليه.

١٣١٢٠- قال فى "الزيادات": رجل قال لغيره: هذا العبد بينى وبين فلان أثلاثًا، وهما غائبان فإنما أبيعكه بألف، ولم يأمرانى بذلك، فلعلهما يجيزان البيع [فاشتراه المشترى على ذلك، ونقد الثمن، ثم حضر الغائبان، ولم يجيزا البيع](١) لزم المشترى نصيب البائع.

واعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: إحداها: هذه، والوجه فيه أن البيع تم فى نصيبه من غير توقف، وتوقف فى نصيب الغائبين على إجازتهما، فإذا لم يجيزا بطل، ولا خيار للمشترى، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لأن تفرق الصفقة إنما يوجب الخيار إذا وقعت الصفقة جملة فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الابتداء، ثم تفرقت بعد ذلك، والصفقة من الابتداء ما وقعت جملة حال وقوعها؛ لأنها نفذت فى نصيب [البائع وتوقفت فى نصيب الغائبين، فامتاز نصيب البائع من نصيب الغائبين حال وقوعها كأنه اشترى نصيب][1] الحاضر بصفقة، ونصيب الغائبين بصفقة، وهناك لا خيار للمشترى، كذا هنا، فإن أجاز أحد الغائبين البيع فى نصيبه، قال محمد رحمه الله تعالى لزم المشترى نصيب المجيز بثلث الثمن أيضًا، ولا خيار له، وعلى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: له الخيار، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: إذا قال الرجل لغيره: هذا العبد لفلان وفلان، وأنه أبيعكه بألف درهم بغير أمرهما، فلعلهما يجيزان البيع، فاشتراه المشترى على ذلك، فبلغهما الخبر، فأجاز أحدهما البيع فى نصيبه، وأبى الآخر، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى: لا خيار للمشترى، وعلى قول أبى يوسف: له الخيار، وجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: إن الصفقة ههنا وقعت جملة، فإن العقد يوقف فى الكل على الإجازة، فإذا أجاز أحدهما دون الآخر، فقد تفرقت الصفقة عليه، وكان له أن لا يرضى به بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك الصفقة حال وقوعها توقفت فى نصيب البائع وتوقفت فى الغائبين، فوقعت الصفقة متفرقة من الابتداء، فلا يوجب الخيار حتى إنها لو توقفت فى نصيب الغائبين، صارت الصفقة فى نصيب الغائبين جملة، فعلت[2] بثبوت الخيار فى نصيبهما إذا جاز أحدهما البيع دون الآخر، وجه قول محمد: أن المشترى لما أقدم على الشراء مع علمه أنهما عسى يتفقان على الإجازة، وعسى يجيز أحدهما دون الآخر، صار راضيًا بهذا التفرق، ألا ترى أن أحد المشتريين يتفرد بالرد بخيار الشرط وبخيار العيب باتفاق بيننا، وطريقه ما قلنا.

المسألة الثالثة: إذا قال الرجل لغيره: هذا العبد لفلان، وأنا أبيعكه بغير أمر بألف درهم، فلعله يجيز البيع، فاشتراه على ذلك، فحضر فلان، وأجاز البيع فى نصفه، كان للمشترى الخيار بلا خلاف؛ لأن الصفقة وقعت جملة، فإذا أجاز صاحب العبد العقد فى النصف، فقد تفرقت الصفقة عليه، ولم يصر المشترى راضيًا بهذا التفرق؛ لأن الظاهر من حال المالك إذا كان واحدًا أن يجيز فى الكل، أو يرد فى الكل تحرزًا عن تبعيض ملكه الذى هو عيب، بخلاف ما إذا كان العبد لاثنين على قول محمد؛ لأن الإجازة من المالكين ليس بظاهر، إذ العيب ثابت فى كل واحد منهما أما هى بخلافه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخ الأخرى التى توجد عندنا، وكان فى الأصل: فعلق.

١٣١٢١ - قال : وإذا باع الرجل جارية من رجل، ثم غاب المشترى، ولا يدرى أين هو، فرفع البائع الأمر إلى القاضى، وطلب منه أن يبيع الجارية، ويوفى ثمنه، فإن القاضى لا يجيبه إلى ذلك قبل إقامة البينة، فإن أقام البينة على ذلك، ذكر أن القاضى يبيع الجارية من المشترى، ونقد الثمن للبائع، واستوثق من البائع بكفيل ثقة، وهذا الذى ذكر جواب الاستحسان، والقياس أن لا تسمع هذه البينة، ولايبيع الجارية على المشترى، نصّ على هذا القياس والاستحسان فى "الجامع الكبير" فى كتاب الإجارات فى باب الاختلاف بين اثنين فى نظير هذه المسألة.

وجه القياس فى ذلك ظاهر، وهو أن هذه بينة قامت على إثبات حق الغائب، وليس عن الغائب خصم حاضر لا قصدى ولا حكمى، فوجب أن لا يقبل قياسًا على ما إذا كان يعرف مكان المشترى، وقياسًا على من أقام بينة على إثبات حق على الغائب الذى لا يعرف مكانه لينزع شيئًا مما فى يد الغائب، فإن فى هاتين الصورتين لا تقبل هذه البينة، وإنما لا تقبل؛ لما قلنا.

وجه الاستحسان: أن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن من جهة المشترى إذا كان لا يعرف مكانه، وعجز عن الانتفاع بالمبيع؛ لأنه مال غيره، واحتاج إلى أن ينفق عليه مالم يحضر المشترى، وربما تأتى النفقة على الثمن وزيادة شىء، ومتى انتظر القاضى حضور المشترى، فمتى لم يسمع هذه البينة من البائع أدى إلى إبطال حقه، والقاضى انتصب خصمًا ناظرًا لإحياء الحقوق، فكان للقاضى أن يسمع هذه البينة ليندفع الضرر والبلية التى ابتلى بها البائع؛ لأن على القاضى دفع البلية عن الناس ما أمكنه، بخلاف ما إذا كان يعرف مكان البائع؛ لأنه كان يمكنه دفع الضرر والبلية على البائع بأن يأمره بالذهاب إلى حيث كان المشترى، وإقامة البينة عليه، وبخلاف ما إذا ادعى حقًا على غائب لا يعرف مكانه، وأراد أن يقيم البينة على ذلك، لينزع شيئًا من مال الغائب، فإن القاضى لا يسمع ذلك منه، وذلك لأن القياس فى مسألة البيع أن لا تسمع البينة على الغائب؛ لأنه ليس عنه خصم حاضر، إلا أنا تركنا القياس، فهذا إذا كان لا يعرف مكان المشترى ليندفع البلية التى ابتلى بها البائع، وليس فى قبولها إزالة يد الغائب عما فى يده؛ لأن حق البائع إنما يستوفى من الجارية التى فى يده لو ادعى أنها له كان القول قوله، وهذا لا يوجب ترك القياس إذا قامت البينة على انتزاع مال فى يد الغائب فى ذلك إزالة ملك البائع ويده، حتى لو ادعى ذلك لنفسه لا يصدق فيه، وهذا على ما يقتضيه القياس، وأما شرط إقامة البينة فى هذه المسألة؛ لأنه ادعى إيجاب الحفظ على القاضى فى هذا المال؛ لأنه يزعم أنه

مال الغائب، وعلى القاضي حفظه؛ لأنه مما يخشى عليه التلف، فكان للقاضي أن لا يلتزم هذا الحفظ إلا بإقامة البينة على ذلك، وكان كالرجل جاء بدابة إلى القاضي، وقال: هذه لقطة فبعها، فإن القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على ذلك؛ لأنه يدعى إيجاب حفظ على القاضي، فكان للقاضي أن لا يصدقه إلا ببينة، فكذلك ههنا لا يصدقه، ولا يبيع إلا ببينة، لجواز أنه كان غاصبًا لهذه الجارية، واحتال بهذه الحيلة ليبرئ نفسه عن ضمانها، ويسقط نفقتها عن نفسه، فكان للقاضي أن لا يتعرض له من غير بينة، إنما يوفيه الثمن لا من حيث إنه ثبت بما أقام من البينة دين على المشترى، ولكن من حيث إن فى الإبقاء حفظ الثمن على الغائب؛ لأنه يصير مضمونًا على القابض بالمثل، فيكون بمعنى القرض، وللقاضي أن يقرض مال الغيب لما فيه من زيادة حفظ ليس فى الإيداع، فكذا هذا.

والدليل على أن البيع وإيفاء الثمن كان على سبيل الحفظ من القاضي أنه لو فعل ذلك من غير بينة أقامها الحاضر، كان له ذلك، بأن يعرف ذلك الناس[1]، وكذا لو فعل القاضي ذلك بعد إقامة البينة، ثم جاء الغائب، وجحد الشراء، وقال الجارية جاريتى من الأصل، يحتاج البائع إلى إقامة البينة ثانيًا، فلو صار البائع مقضيًا عليه بالشراء، لكان لا يلتفت إلى إنكاره بعد ذلك، فهذا يبين لك أن ما فعله القاضي فعله على سبيل الحفظ، لا على سبيل القضاء على الغائب، ثم إذا باع القاضي الجارية، وأدى الثمن إلى البائع؛ فإنه يأخذ منه كفيلا ثقة لجواز أنه أخذ الثمن من المشترى مرة، فمتى حضر المشترى احتاج إلى أن يرجع على البائع بالثمن، وربما لا يجد البائع، فيأخذ كفيلا نظرًا للمشترى، حتى إنه إن تعذر عليه اتّباع البائع، اتبع الكفيل، فيستوفى من الكفيل، ثم إن كان فيه وضيعة تكون على المشترى، وإن كان فيه فضل، فللمشترى؛ لأن بيع القاضي وله ولاية البيع على المشترى من الوجه الذى ذكرنا كبيع المشترى، ولو أن المشترى باع الجارية بنفسه، إن كان فيه وضيعة، تكون على المشترى؛ لأن الدين على المشترى، وقد أدى البعض، ولم يؤد البعض، فما لم يؤد يكون دينًا على المشترى، فكذا إذا باعه القاضي، وإن كان فيه فضل فله؛ لأنه بدل ماله، فيكون له، ثم وضع المسألة فى الجارية، ولم يضع فى الدار، ويجب أن يقال: بأنه فى الدار لا يتعرض القاضي لذلك، ولا يبيع الدار؛ لأن القياس أن لا يبيع الجارية على المشترى، وإنما يبيعها استحسانًا، لدفع البلية عن البائع، وهو إسقاط النفقة عنه، وإنما يحتاج إلى إسقاط النفقة إذا كان المبيع حيوانًا، وإن كان يعرف مكان المشترى، فإنه ليس للقاضي أن يبيع الجارية، وإن أقام البائع البينة على ذلك، فرق

---

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى النسخ الباقية التى توجد عندنا: القياس.

القاضى بين هذا وبين ما إذا كانت الجارية آبقة، فادعى الذى فى يده الجارية أنها آبقة، وأقام البينة على ذلك، وطلب من القاضى بيعها، أو كانت وديعة، أو ضالة، كالبعير والبقر، فإن القاضى يبيع ذلك، أو يأمره بالنفقة على حسب ما يرى الأصلح للغائب، وإن كان لا يعرف مكانه، إن كان يرجو قدومه عن قريب، يأمره بالنفقة حتى لا يزول العين عن ملكه، وإن كان لا يرجو قدومه عن قريب، وخاف أنه متى أمر الذى فى يديه الجارية بالنفقة أنها تربو على قيمة الخادم ببيع الجارية، وذلك لأن نفقة الآبقة والوديعة على ربهما، فمتى لم يبع أتى النفقة على جميع ماله، فيهلك ماله، وعلى القاضى أن يدفع الهلاك عن أموال الناس ما أمكنه، وكان النظر للغائب [أن يبيع، وههنا النظر للغائب][1] فى أن لا يبيع حتى لا يزول العين عن ملكه؛ لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يحضر المشترى، فيقبضه، وإذا هلكت كانت مضمونة عليه، والنظر للغائب أن لا يبيع إذا كان يعرف مكانه، ولكن يأمره بطلب المشترى، وهذا إذا جاء المشترى، وأقر بذلك، فأما إذا أنكر المشترى الشراء، احتاج البائع إلى إقامة البينة على المشترى ثانيًا؛ لأن البيع لم يثبت بما أقام من البينة؛ لأنه لم يكن عنه خصم حاضر.

١٣١٢٢- قال فى "الزيادات": رجل باع عبدًا من رجل، ووهبه عبدًا آخر، فنقد المشترى الثمن، وقبضهما، ثم مات أحدهما، فأراد المشترى أن يرد الباقى بالعيب، فقال البائع: لم أبعك هذا، إنما بعتك الميت، فالقول قوله؛ لأن المشترى يدعى عليه حق الرد بسبب العيب، وهو ينكر، ولأن الملك فى العبدين استفيد من جهة البائع، فكان القول فى بيان جهة الملك قول البائع، وهو ادعى أنه ملكه بالهبة، وإذا اعتبر قوله، ثبت أن الحى موهوب، فلا يكون له حق الرد بسبب العيب، ولو أراد البائع أن يرجع فى الحى بحكم الهبة، والمشترى يقول: الحى مبيع، والموهوب هو الميت، فالقول قول البائع، وله أن يرجع فى الحى؛ لأن الملك فى العبدين استفيد من جهة البائع، فكان القول فى بيان جهة الملك قول البائع، وهو ادعى أنه ملك الحى بجهة الهبة، وإذا اعتبر قوله، ثبت أن الحى موهوب، فكان له حق الرجوع فيه، ثم يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإذا حلفا، وجب على البائع رد الثمن، ووجب على المشترى رد قيمة الميت؛ لأنهما لما حلفا، لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما، فيجب على كل واحد منهما رد ما قبض، إلا أن رد الميت متعذر، فيقام رد قيمته مقام رده.

ولو كان باعه عبدًا بألف درهم، وباعه آخر بمائة دينار، وتقابضا، ومات أحدهما، ورد المشترى العبد الحى بالعيب، واختلفا فى ثمنه، فالقول فى بيان الثمن قول المشترى؛ لأن تمليك

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الثمن استفيد من جهته، فكان القول في بيان جهة التمليك قوله، فيرجع على البائع بما ادعى أنه ثمن المردود، ولو لم يمت واحد منهما، ورد المشترى المعيب بالعيب، يرجع بالثمن الذى ادعاه، ثم يتحالفان فى الباقى؛ لأن الاختلاف فى ثمن المردود أنه دراهم، أو دنانير اختلاف فى ثمن الباقى، وأنه يوجب التحالف، فيتحالفان ويترادان.

١٣١٢٣ - قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل أسلم إلى رجل مائة درهم فى كر حنطة، ثم إن المسلم إليه اشترى من رب السلم كرًّا من طعام مثل كر السلم بمائتى درهم إلى أجل، وقبض الكر الذى اشترى، ولم يدفع الثمن، فلما حل الثمن قضاه المسلم إليه بذلك الكر المشترى كر السلم قبل أن ينقد الثمن، فهذا لايجوز؛ لأن رب السلم يصير مشتريًا من وجه ما باع بأقل قبل نقد الثمن، وأنه لايجوز.

بيانه: أن للقبض بحكم الشراء شبهًا بالشراء من حيث إنه يستفاد به ملك التصرف، ويتأكد به ملك العين، وفى باب السلم يثبت به ملك العين مع ملك التصرف، فكان شراء من هذا الوجه؛ لأنه ليس بشراء من كل وجه؛ لأن أصل الملك كان ثابتًا قبل القبض، ولما كان القبض بحكم الشراء شراء من وجه، صار رب السلم باعتباره مشتريًا من وجه ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه فى باب الربا احتياطا، ولا وجه إلى أن يجعل رب السلم مشتريًا نقد الكر بكر السلم؛ لأن المقبوض فى باب السلم فى حكم عين ما تناوله العقد، إذ لو لم يجعل كذلك كان هذا استبدالا بالمسلم فيه، وذلك لايجوز، فجعل هذا فى حكم عين ما تناوله العقد، ولما كان هكذا كان بدله مائة درهم، وقد كان باع عين هذا الكر قبل ذلك بمائتى درهم، فيصير مشتريًا عند القبض من وجه ما باع بأقل مما باع من قبل نقد الثمن، فلا يجوز.

وهذه المسألة حجة لأبى حنيفة على أبى يوسف ومحمد فى رجل أسلم إلى رجل دراهم فى ثوبين معينين، فقبضهما، فإنه لا يبيع واحدًا منهما مرابحة من غير بيان عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن المقبوض لما جعل فى حكم عين ما تناوله العقد صار بمنزلة ما لو اشترى ثوبين معينين، وهناك لا يملك بيع أحدهما مرابحة من غير بيان، فههنا كذلك.

[فإن قبض رب السلم الكر الذى باعه من المسلم إليه، قضى بكر السلم قبل نقد الثمن مع أنه لا يجوز، فطحنه أو هلك عنده، كان على رب السلم للمسلم إليه طعامًا مثل طعامه؛ لأنه مقبوض بحكم القضاء الفاسد، فذلك مضمون بالمثل، فهذا كذلك][(١)]، فإن قضى القاضى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عليه بكر مثلها، فاصطلحا على أن يكون قضاء من المسلم إليه، لم يجز ذلك لوجهين : أحدهما : أن استيفاء المسلم إنما يقع بقبض عين من جنس المسلم بعد السلم قبضًا صحيحًا، ولم يوجد، ولأن المثل فيما يضمن بالمثل قائم مقام المضمون يجب بالسبب الذى يجب رد المقبوض، ثم القضاء إذا لم يقع بالمضمون، فكيف يقع بما هو قائم مقامه، كان قبض المسلم إليه الكر الذى قضى به القاضى، ثم قضاه إياه من طعام السلم جاز ؛ لأنه وجد قبض عين من جنس المسلم فيه بعد السلم قبضًا صحيحًا، فحصل به قضاء السلم، وإنما قلنا : بأن هذا القبض صحيح ؛ لأنه بهذا القبض لم يصر مشتريًا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ؛ لأن هذا الكر الذى اقتضاه رب السلم ليس هو الكر الذى باعه، لا حقيقة ولا حكمًا، بل بدل عن ذلك الكر ؛ لأن الاستبدال بالكر الذى وجب على رب السلم قبل القبض جائز ؛ لأنه دين وجب لا بعقد صرف، ولا بعقد سلم.

قال محمد رحمه الله تعالى : وهذا كمسلم إليه اشترى رب السلم كر حنطة بعينها، وقد وقع فى بعض النسخ، وهذا بمنزلة ما إذا اشترى رب السلم من المسلم إليه كر حنطة بمتاع، فلم يقبضه حتى قضاه رب السلم عن المسلم فيه، كان باطلا ؛ لأنه بمنزلة بيع المبيع قبل القبض، وهذا وقع غلطًا، وهذا لأن المسلم فيه على المسلم إليه لرب السلم أيضًا، وما على الإنسان لايتصور قضاءه بما عليه حتى يكون الفساد بعلة استقبال المبيع قبل القبض، والصحيح ما وقع فى عامة النسخ، ولو لم يهلك الكر الذى قبضه رب السلم، ولم يطحنه، ولكن تعيب عنده، فإن شاء المسلم إليه قبضه، ولا شيء له، وإن شاء تركه، وضمنه حنطة مثل حنطته ؛ لأنه مضمون على رب السلم بحكم القضاء الفاسد، وهذا الضمان مثل ضمان الغصب، والجواب فى الحنطة المغصوبة إذا تعيبت أن المغصوب منه بالخيار، إن شاء ضمنه مثله، وإن شاء أخذه، ولا شيء عليه، إذ الجودة لا قيمة لها بانفرادها فى أموال الربا، فههنا كذلك، فإن ضمنه مثله، فجعلاه قصاصًا من السلم لم يجز إلا أن يقبضه المسلم إليه، ثم يعطيه بالسلم ؛ لأن حق المسلم إليه انتقل إلى كر مثله فى الذمة بالتضمين بالمثل، كما فى الاستهلاك، وهناك الجواب ما قلنا، فههنا كذلك، فإن اختار أخذ الكر، فلم يأخذه حتى اصطلحت على أن يكون قصاصًا بكر السلم جاز ؛ لأن ما مضى من القبض إن فسد، فحالة المقاصة القبض قائم، والقبض مستدام، وما يكون مستدامًا كان لدوامه حكم الابتداء، فصار كأن المسلم إليه قبضه، ثم سلمه إلى رب السلم عن كر السلم بعد [ما دخله عيب، ولو كان كذلك كان جائزًا، فإن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بعد][1] تعيب المبيع صحيح على ما بينا قبل هذا، فإن رضى أحدهما أن يكون قصاصًا، وأبى الآخر، لم يكن قصاصًا إلا بتراضيهما، وهذا لا يشكل فى حق رب السلم ؛

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

لأن حقه فى الجيد، فلا يلزمه المعيب إلا برضاءه، إنما يشكل فى حق المسلم إليه؛ لأن حق رب السلم قبله فى الجيد، فإذا يجوز فى المعيب ينبغى أن يجوز، ألا يرى أن هذا الكر المعيب لو قبضه المسلم إليه، ثم قبضه رب السلم بحقه من غير رضى المسلم إليه، صح، ولكن الوجه فى هذا أن يقال أن حق المسلم إليه ثابت فى الجودة، ولهذا كان له أن يترك هذا الكر [ويأخذ الكر الجيد مثله، وإنما رضى بسقوط حقه عن الجودة بشرط أن يسلم له الكر المعيب][1]، فإذا آل الأمر إلى أن لا يسلم له، لم يكن راضيًا بسقوط حقه عن الجودة، ومع بقاء حقه فى الجودة لا تقع المقاصة إلا برضاء، بخلاف ما إذا قبضه المسلم إليه، ثم أخذ منه رب السلم بحصته[2]، بحيث يصير قصاصًا من غير رضا المسلم إليه؛ لأن هناك الكر المعيب سلم له؛ لأن السلامة بالوصول، وقد وصل إليه، أما دوام الوصول، ليس بشرط، فلهذا افترقا، ثم لم يذكر فى الكتاب ما لو اصطلحا على المقاصة قبل أن يختار المسلم إليه شيئًا، قالوا: ويجب أن يجوز؛ لأن اصطلاحهما على المقاصة لا يصح إلا بعد أن يختار المسلم إليه أخذ الكر، فيضمن ذلك اختيار الكر سابقًا على المقاصة.

ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى أعاد مسألة أول الكتاب، فقال: لو أن المسلم إليه اشترى من رب السلم كرًا بمائتى درهم إلى أجل، وقبضه، ولم يدفع الثمن حتى حل السلم، ثم إن رب السلم غصب الكر الذى اشتراه المسلم إليه، فجعله قصاصًا بكر السلم، لا يكون قصاصًا؛ لأنهما لو تراضيا على هذه المقاصة، لايكون قصاصًا لما مر فى أول الباب، فإذا قضى به أحدهما، وأبى الآخر أولى.

ولو غصبه من المسلم إليه رجل أجنبى، فأحال المسلم إليه رب السلم على الغاصب ليعطيه ذلك من طعام السلم لا يجوز، وكذلك لو أودعه عند رجل، ثم أحال رب السلم لم يجز؛ لأن المحتال عليه يقضى بأمر المسلم إليه، ولو قضاه المسلم إليه بأمره، لا يجوز، فكذا إذا قضاه غيره بغير أمره، قال: إلا إذا أصابه عيب، فحينئذٍ يصح اقتضاءه من المحتال عليه، كما يصح من المسلم إليه، غير أن بين مسألة الغصب وبين مسألة الوديعة فرقًا من وجه أن فى مسألة الغصب لو هلك الكر عند المحتال عليه بعد ما تعيب حتى صحت الحوالة، لا تبطل الحوالة، وفى مسألة الوديعة يبطل، وإنما جاء الفرق باعتبار أن فى مسألة الغصب ما تعلق به الحوالة هلك صورة لا معنى؛ لأن مثله قد وجب، فبقيت الحوالة ببقاء مثله، أما فى مسألة الوديعة ما تعلق به الحوالة هلك صورة ومعنى؛ لأنها هلكت أمانة، فلهذا افترقا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) وفى "ف": بحقه.

ولو كان الغاصب استهلك الكر قبل أن يحدث به عيب، ثم إن المسلم إليه أحال رب السلم على الغاصب، يكره على الغاصب ليعطيه من الكر الذى له فى ذمته كان جائزًا؛ لأنه هلك الكر فى ذمته بسبب الغصب، وهو بدل عن الطعام المبيع[1]، فلم يكن فى قضاء طعام السلم به بيع ما اشترى بأقل مما اشترى، وإن كانت الحوالة قبل هلاك الكر، قد بينا أنها باطلة، فإن هلكت ووجب مثلها، لم تعد الحوالة جائزة؛ لأنها وقت وقوعها وقعت باطلة، والحوالة متى وقعت باطلة، لا تعود جائزة إلا بالتجديد، ولم يوجد، ولو كان رب السلم أخذ الكر المبيع قضاء من طعام السلم مع أنه لا يجوز، فحدث به عيب فى يده، فلم يسترده المسلم إليه، ولم يجعلاه قصاصًا حتى طحنه رب السلم، ثم اصطلحا على أن يجعلاه قصاصًا، لم يكن لهما ذلك.

فرق بين هذا وبين ما إذا جعلاه قصاصًا بعد العيب قبل الطحن، حيث يجوز، والفرق وهو أن بالقبض الأول لم يقع الاستيفاء فى الوجهين جميعًا، غير أن فى الوجه الأول القبض القائم لا يصلح للاستيفاء؛ لأنه صار دقيقًا، واستيفاء الحنطة بالدقيق لا يكون إلا بطريق الاستبدال، وأنه لا يجوز، أما فى الفصل الثانى القبض القائم صالح للاستيفاء؛ لأن الحنطة قائمة بعينها، فجاز أن تقع المقاصة إذا جعلاه قصاصًا به -والله تعالى أعلم-.

١٣١٢٤- وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل مائة درهم فى طعام، أو غيره سلمًا فاسدًا، وقبض المسلم إليه المائة، ثم علما أن السلم فاسد، فأرادا أن يصححاه فى ذلك المجلس، أو بعد ما افترقا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كانت المائة قائمة بعينها فى يد المسلم إليه، فلهما ذلك.

رجل قال لآخر: بعنى كر طعام وسط على أن توفينيه إلى شهر فى موضع كذا بمائة درهم، ودفع إليه المائة، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو سلم صحيح.

بشر فى "الإملاء": عن أبى يوسف: إذا أسلم دينًا له على رجل فى سلم، ثم علم أنه لا يجوز، فعجل له رأس المال، ودفعه إليه قبل أن يفترقا، جاز له استحسانًا.

١٣١٢٥- قال: إذا اشترى الطعام بالعبد، وهو الثمن، وللطعام أجل وموضع يوفيه فيه بكيل معلوم، وضرب معلوم، فهو سلم إن سماه سلمًا، أو كنى عن اسمه، فإن افترقا قبل أن يقبض العبد، انتقض.

١٣١٢٦- وذكر أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل بزاز

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و "م"، وكان فى "ظ": المعيب.

أرسل غلامه يجلب عليه ثيابًا ليشترى لرجل ثوبًا، فنادى الغلام فى السوق من معه ثوب كذا بكذا، فقال له رجل: أنا، فقال الغلام: هاته، فأعطاه إياه، فإن هذا قد أخذه على سوم الشراء، وهو ضامن للذى سماه، فإن أراد الغلام أن يرجع على الذى أرسله، فقال الذى أرسله: لم آمرْك أن تقبض الثوب، وإنما أمرتك أن تجلب على الثوب، مع غلمان القوم، فلا ضمان عليه بعد أن يحلف أنه لم يأمره بالمساومة، وقبض الثوب، ولو أقر بذلك ضمنه إذا أقر بقبض الغلام، وإن لم يقر بقبض الغلام، فلا ضمان عليه، وإن كان الغلام صغيرًا، وقد أذن له الأب فى البيع والشراء، فهو ضامن، وإن لم يأذن له بذلك، فلا ضمان عليه من قبل أن رب الثوب سلطه على القبض، وليس يجوز مساومته.

ولو أن الغلام حين نادى من معه ثوب كذا بكذا، وقال رجل: أنا، فقال الغلام: إنى أريده لفلان، فقال ذلك الرجل: خذه، واذهب به إلى فلان، فذهب به، فضاع، فلا ضمان عليه، هذا رسول من رب الثوب إلى الآمر بالجلب، ولو دفع إلى الآمر فى هذه الصورة، وضاع من يد الآمر، لم يضمن الآمر؛ لأنه لم يقع فى يده على سبيل المساومة.

١٣١٢٧- ولو أن رجلا أرسل رسولا إلى بزاز أن ابعث إلى ثوب كذا وكذا بثمن كذا وكذا، فبعث إليه البزاز مع رسوله، أو مع غيره، وضاع الثوب قبل أن يصل إلى الآمر، فلا ضمان على الرسول، فبعد ذلك ينظر إن كان الذى ضاع منه الثوب رسول الآمر، فالآمر ضامن؛ لأن رسوله قبض الثوب على سبيل المساومة، وقبض رسوله كقبضه، وإن كان رسول رب الثوب، فلا ضمان على الآمر، إلا إذا وصل الثوب إليه، فحينئذٍ يضمنه.

ولو أن رجلا بعث بكتاب إلى رجل مع رسول أن ابعث إلى ثوب كذا، ففعل، وبعث، وبعث به مع الذى أتاه بالكتاب، لم يكن بمال الآمر حتى يصل إليه، إنما الرسول رسول فى الكتاب، وليس كقوله: انطلق فتقاض، انطلق فخذ كذا.

١٣١٢٨- ولو بعث رسولا يجلب إليه ثيابًا، فقال الرسول: من معه ثوب كذا بكذا، فقال رجل: أنا، فقال صاحب الثوب: على من؟ فقال الرسول: على أستاذى، أو قال: على فلان، ولم يقل: على أستاذى، أو قال: من يريده، فقال: فلان، فقال: هات[1]، فأخذه، فلا ضمان على الرسول، ولا على الآمر إن ضاع فى يد الرسول، وإن وصل إلى الآمر، فضاع من عنده، فهو ضامن من المساوم الذى أرسل، ولا ضمان على الرسول، والله أعلم، تم كتاب البيوع من "المحيط البرهانى"، ويتلوه كتاب الصرف.

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و "ظ": هاك، وفى "ف": هناك.

كتاب الصرف

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وعشرين فصلا :

الفصل الأول : فى بيان معنى هذا الاسم، وشرط جواز هذا المسمى، وحكمه، وآخره، ومعرفة حد التفريق.

الفصل الثانى : فى بيع الدين بالدين والعين.

الفصل الثالث : فى البياعات التى يشترط فيها قبض البدلين حقيقة، وما يكتفى فيه بقبض البدلين حكمًا، وما يكتفى فيه بقبض أحد البدلين حقيقة، وما لايكتفى.

الفصل الرابع : فى الدراهم المغشوشة تباع بالفضة الخالصة، وفى الدراهم المغشوشة يشترى بها متاع وزنًا، أو عددًا بعينها، أو بغير عينها، ومسائل هذا الفصل، والذى قبله إنما ذكرت فى أول الفصل السادس من كتاب البيوع.

الفصل الخامس : فى الفلوس وبعض مسائله فى ذلك الفصل من كتاب البيوع أيضًا.

الفصل السادس : فى خيار الرؤية والرد بالعيب والاستحقاق فى باب الصرف.

الفصل السابع : فى الرهن والحوالة والكفالة فى الصرف.

الفصل الثامن : فى الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه.

الفصل التاسع : فى الصلح فى الصرف.

الفصل العاشر : فى بيع الإناء وزنًا، فيزيد أو ينقص.

الفصل الحادى عشر : فى بيوع السيوف المحلاه، وفى بيع الحلى الذى فيه اللآلئ والجواهر، وأشباه ذلك، وفى بيع المموهات ما يجوز منه، وما لا يجوز.

الفصل الثانى عشر : فى الوكالة فى الصرف.

الفصل الثالث عشر : فى الصرف مع مملوكه، وقرابته، وشريكه، ومضاربه، والوصى وما يتصل بذلك.

الفصل الرابع عشر : فى الصرف فى المرض.

الفصل الخامس عشر : فى الاستبدال ببدل الصرف.

الفصل الأول
فى بيان معنى هذا الاسم، وشرط جواز هذا المسمى وحكمه

١٣١٢٩- أما بيان معنى هذا الاسم : فنقول : الصرف اسم لنوع بيع ، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض ، إما مبادلة الذهب بالذهب ، أو مبادلة الفضة بالفضة ، أو مبادلة أحد الجنسين بصاحبه مفردًا كان أو مجموعًا مع غيره ، هذا هو لفظ "القدورى".

وقوله : أو مجموعًا مع غيره ، يريد به مثلا : إذا باع ثوبًا وذهبًا بفضة ، فحصة الذهب صرف ؛ لأنه يقابله ثمن ، وحصة الثوب بيع ، والأموال أنواع ثلاثة : نوع منها : هو ثمن فى العقد على كل حال ، وهو الدراهم والدنانير ، ونوع منها : هو مبيع فى العقد على كل حال ، وهو ما ليس من ذوات الأمثال ، كالعروض ، والحيوانات ، وأشباهها ، ونوع منها : هو بين المبيع ، والثمن ، وهو المكيلات والموزونات ، وقد ذكرنا ذلك بتمامه فى أول كتاب البيوع ، والمبيع يخالف الثمن فى أحكام كثيرة ، وقد ذكرنا فى أول كتاب البيوع أيضًا .

١٣١٣٠- وأما بيان شرائط جواز هذا المسمى ، فنقول : شرائط جواز هذا المسمى على الخصوص ثلاثة : أحدها : أن لا يفترقا إلا عن تقابض ، والمراد منه تفرق الأبدان لا الذهاب عن موضع الجلوس للعقد ، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى ، ثم قبض أحد البدلين قبل التفرق فى بيع الدراهم بالدراهم ، وفى بيع الدنانير بالدنانير ، وفى بيع الدراهم بالدنانير اشتراطه على موافقة القياس ؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى عقود المعاوضات بالتعيين أما يتعينان بالقبض ، فشرطنا قبض أحد بدلى الصرف لتزول الدينية على أحد بدلى الصرف ، وأنه على موافقة القياس ، كما فى سائر البياعات ، أما اشتراط قبض البدل الآخر على مخالفة القياس .

ألا ترى أنه لم يشترط ذلك فى سائر البياعات ، وكذلك اشتراط قبض أحد بدلى الصرف فيما يتعين بالتعيين من الذهب والفضة ، وهو ما إذا بيع التبر بالتبر ، أو بيع القلب بالقلب على مخالفة القياس ، فإنه فى سائر البياعات إذا بيع عين بعين ، لا يشترط قبضهما ، ولا قبض أحدهما قبل التفرق ، يجب أن يكون فى الصرف ، كذلك مع هذا شرط قبض أحد البدلين إذا بيع القلب بالقلب ، وشرط قبض البدلين إذا بيع الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير ، عرف ذلك بالنصوص من جملة ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : «الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد

والذهب بالذهب وزن بوزن يد بيد»[(١)].

فإن قيل: كيف يجوز أن يقال: بأن قبض بدلي الصرف قبل الافتراق شرط جواز العقد، فإنه يشترط بعد العقد لا حالة العقد، وشرط الجواز ما يشترط حالة العقد، كالشهادة في باب النكاح، والمالية في بيع العين بالثمن، فأما ما يجب بعد العقد يكون حكم العقد، لا شرط جواز العقد؟

قلنا: شرط الجواز مما اشترط مقارنا لحالة العقد، إلا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراضٍ لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس؛ لأن مجلس العقد حكم حالة العقد في الإيجاب والقبول، فصار القبض الموجود بعد العقد، إذا وجد في مجلس العقد، كالموجود وقت العقد من حيث الحكم، ولو كان موجودًا وقت العقد من حيث الحقيقة، كان شرط جواز العقد، فكذا إذا كان موجودًا وقت العقد من حيث الحكم.

١٣١٣١- ثم اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما بينهم أن التقابض قبل الافتراق شرط صحة العقد، أو شرط بقاء العقد على الصحة، وإلى كل واحد منهما أشار محمد في الكتاب، فعلى قول من يقول أن شرط بقاء العقد لا يتأتى هذا الإشكال، وعلى قول من يقول: شرط صحة العقد يتأتى الإشكال، ولكن وجه الجواب ما ذكرنا.

الشرط الثاني: أن لا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد، وهو الملك عن العقد، فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي يحصل به التعيين الذي هو شرط جواز العقد.

الشرط الثالث: أن لا يكون في هذا العقد أجل؛ لأن بشرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذي به يحصل التعيين، فرجع الكل إلى معنى واحد أن الفساد بسبب انعدام القبض الذي به يحصل التعيين، وخيار الرؤية وخيار العيب يخالف خيار الشرط، والأجل في هذا الباب؛ لأن بخيار العيب والرؤية لا يمتنع الملك، وكان القبض الذي يحصل به التعيين ثابتًا، فيصح العقد، ولا كذلك الأجل، وخيار الشرط، فهذا هو الفرق بين هذه الفصول.

---

(١) «... الذهب بالذهب وزن بوزن والفضة» أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" (١٤١٩٣): باب الطعام مثلا بمثل، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٢٤٨٩ و٢٢٤٩٨)، والبيهقي في "الكبرى" (١٠٢٦٩)، وأبو عوانة في "مسنده" (٥٣٦٤)، والشاشي في "مسنده" (٩٨٢)، والروياني في "مسنده" (٧٥٥)، وعبد بن حميد في "مسنده" (٦).

١٣١٣٢- وإن افترقا من غير تقابض، أو شرطا الخيار، أو الأجل، فسد البيع، ثم لايصح بعد ذلك أبدًا، أما إذا افترقا من غير تقابض، فلأنه فات شرط صحة العقد، وهو التقابض، وأما إذا كان فيه خيار الشرط، فكذلك لهذا المعنى أيضًا، وأما إذا كان فيه أجل، فإنما يفسد العقد إذا لم يتقابضا، فأما إذا تقابضا، لا يفسد العقد؛ لأن الإقباض يكون إسقاط الأجل، ولو شرطا الخيار، ثم أبطلا قبل الافتراق، أو كان الخيار لأحدهما، فأبطله الذى هو له قبل الافتراق، جاز استحسانًا، جاز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وأما الكلام فيه نظير الكلام فيما إذا شرط الخيار فى بيع العين أربعة أيام، ثم أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع، وقد مر الكلام فيه فى كتاب البيوع.

١٣١٣٣- وإن كان لأحدهما أجل فيما عليه، أو لهما، فأبطل مالهما من الأجل قبل التفرق، جاز استحسانًا، وعن أبى يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط االأجل، لايبطل حتى يرضى صاحبه، وفرق بين هذا وبين الخيار، والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية؛ لأن الأجل يثبت حقًا لصاحب الأجل، وصاحب الحق يتمكن من إسقاط حقه من غير أن يتوقف على رضى غيره، ألا ترى أن خيار الشرط، كما كان يثبت حقًا للمشروط له الخيار، فالمشروط له الخيار يتمكن من إسقاطه من غير أن يتوقف ذلك على رضا غيره، كذا ههنا.

ثم فرق بين بيع الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير، وبين بيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير، حيث لم يشترط فى بيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير قبض البدلين قبل الافتراق، ويكتفى بقبض أحد البدلين، والفرق أن قضية القياس أن لايجب قبض البدلين قبل الافتراق، وإن كان العقد صرفًا، كما فى العقود التى ليست بصرف، لكن عرفنا اشتراطه فى عقد الصرف فى بيع الدراهم، أو فى بيع الدنانير بالدراهم [وفى بيع أحدالجنسين بالآخر بالنص، والنص الوارد ثمه لا يكون واردًا فى بيع الفلوس بالدراهم][(١)]؛ لأن ثمنية الفلوس بالدراهم أو الدنانير على أصل القياس.

١٣١٣٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: إذا اشترى فلوسًا بدراهم على أن بائع الدراهم بالخيار لبائع الدراهم؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فكأنهما افترقا من غير قبض أصلا، وإن كان الخيار لبائع الفلوس، وقد قبض الدراهم، فالبيع جائز؛ لأن بائع الفلوس يملك الدراهم هناك بالقبض؛ لأنه مشترى للدراهم، وخيار المشترى لا يمنع الملك له فيما اشترى، فلا يمنع صحة القبض، فقد وجد قبض أحد البدلين، وإنه كافى فى بيع الفلوس

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بالدراهم والدنانير، وعلى قول أبى حنيفة: ينبغى أن لا يجوز هذا العقد؛ لأن عنده خيار الشرط كما يمنع ثبوت الملك للمشترى[1] فى البدل الذى من جانبه يمنع ثبوت الملك للمشترى فى البدل الذى من جانب صاحبه، فلا يملك مشترى الدراهم الدراهم بالقبض، فيتحقق الدينية من الجانبين، ولو شرط نسأ فى أحد البدلين فى بيع الدراهم بالدنانير وأشباه ذلك، ثم إن المشروط له نسيئة نقد البعض دون البعض، فسد البيع فى الكل فى قول أبى حنيفة، وذلك بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم إلى شهر، فنقد خمسة، ثم افترقا، قال: يجوز بحصة الخمسة، فإن اشتراه بخمسة نقداً، وخمسة نسيئة، فنقد الخمسة، وافترقا، فالصرف فاسد كله؛ لأن العقد وقع على الفساد، ولو نقد العشرة كلها جاز، وهذا نقض لما كان قبله، ذكر المسألة على هذا الوجه فى "المنتقى".

١٣١٣٥- وفى "القدورى": لو اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة، ثم نقد بعض العشرة دون البعض، فسد البيع فى الكل فى قول أبى حنيفة، وعندهما: يصح بمقدار ما قبض، ولو قبض الدراهم، وهى مستحقة، فالقبض صحيح، فإذا أجاز المالك ينفذ.

ومما يتصل بهذا الفصل معرفة حد التفرق:

١٣١٣٦- فاعلم بأن التفرق الذى يوجب بطلان عقد الصرف أن يتفرق المتعاقدان بأبدانهما عن مجلس عقد الصرف قبل التقابض، فيأخذ كل واحد منهما فى جهة، أو يذهب أحدهما، ويبقى الآخر، فهذا تفرّق معتبر يوجب بطلان العقد، سواء كان البيع ديناً بدين، كالدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، أو أحدهما لصاحبه، أو كان عيناً بعين، كالأوانى والقلب، وهذا لأن القلب أو الآنية وإن كان يتعين بالتعيين، إلا أن معنى الثمنية لا يبطل بالصنيعة؛ لأن هذا معنى لازم بأصل التخليق، فألحق بجنسه، وهو الددراهم والدنانير، فيشترط قبض البدلين فى المجلس، كما فى الدراهم والدنانير.

ولو قاما عن مجلس الصرف، فذهبا معًا فى جهة واحدة، فرسخًا، أو ما أشبه ذلك، ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه، جاز العقد، وهذا دليل على أن العبرة للتفرق بالأبدان، لا للذهاب عن مجلس العقد، قال: وكذلك لو طال قعودهما فى مجلس العقد، أو ناما فى مجلس العقد، أو أغمى عليهما، ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه، جاز، هكذا ذكر القدورى فى "كتابه"، وذكر مسألة النوم والقعود والإغماء على بن جعد عن أبى يوسف على

(١) وفى "ف": للبائع بدلا من للمشترى.

نحو ما ذكر القدورى، وذكر ابن رستم عن محمد مسألة الذهاب معًا ميلا، أو أكثر على نحو ما ذكره "القدورى"، وذكر مسألة النوم، بخلاف ما ذكر "القدورى" فقال: إذا ناما، أو نام أحدهما، فهذه فرقة، ولو ناما جالسين، لم تكن فرقة.

وعن محمد رحمه الله تعالى رواية أخرى: إذا نام طويلا بطل الصرف، وإن كان يسيرًا، فهو على صرفه، فهذه السمألة دليل أيضًا أن العبرة للتفرق بالأبدان.

والأصل فى ذلك ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما: أنه قال: وإن استنظرك أن يدخل بيته، فلا تنظره، وقال أيضًا: وإن وثب من سطح، فثب معه، وكذلك إذا قام أحدهما عن المجلس، وبقى الآخر كذلك لا يبطل الصرف ما لم يتفرقا بأبدانهما؛ لأنهما لو قاما معًا، وذهبا معًا، لا يبطل الصرف، فإذا قام أحدهما أولى.

قال القدورى فى "كتابه": ولا يشبه هذا خيار المخيرة، يريد به أن خيار المخيرة، يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأن خيار المخيرة يبطل بالأعراض، والقيام عن المجلس دليل الإعراض، قلنا: بطلان الصرف بالافتراق بالأبدان قبل قبض البدلين، وذلك لا يتحقق بمجرد قيام أحدهما، أو قيامهما عن المجلس.

وعن محمد رحمه الله تعالى رواية أخرى: أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بما هو دليل الإعراض، كالقيام عن المجلس، والنوم طويلا، وأشباه ذلك، وعن محمد إذا كان لرجل على غيره ألف درهم، ولذلك الغير عليه مائة دينار، فأرسل من عليه الدراهم إلى صاحبه رسولا، وقال: بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على، فقال صاحبه: قد قبلت، فهو باطل، علل، وقال: من قبل أنهما تصارفا وهما مفترقان، ومعنى هذا الكلام أن عبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكان المرسل باشر البيع مع صاحبه، وهما مفترقان حقيقة، وأما فى البيع إذا أرسل رسولا، فقال: بعتك العبد الذى فى مكان كذا بكذا، فقبل ذلك الرجل، فالبيع جائز؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل كأن المرسل تكلم بالعقد مع صاحبع، وهما مفترقان، إلا أن الافتراق فى غير الصرف ليس بضار -والله أعلم-.

وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لقوم: أشهدوا أنى اشتريت من ابنى الصغير هذا الدينار بعشرة دراهم، ثم قام قبل أن يزن العشرة، فهو باطل؛ لأنه لايمكن اعتبار الافتراق بالأبدان؛ لأن العاقد هو، فيعتبر المجلس.

الفصل الثانى
فى بيع الدين بالدين وبالعين

١٣١٣٧- إذا باع الرجل ديناراً بدراهم، وليس عند هذا دراهم، ولا عند ذلك دنانير، فنقد هذا الدراهم، ونقد ذلك الدنانير، وتقابضا قبل أن يفترقا جاز، فرق بين هذا وبين ما إذا باع مكيلا، ليس عنده من آخر بمكيل، ليس عند الآخر، ونقد كل واحد منهما ما باعه، وتقابضا، حيث لا يجوز، والفرق أن فى مسألة المكيل ما يقع عليه لفظ البيع مبيع، فيصير بائعًا ما ليس عنده، وذلك لا يجوز، أما فى مسألة الدراهم بالدنانير يصير مشتريًا بما ليس عنده، والشراء بما ليس عند الإنسان صحيح.

١٣١٣٨- وروى الحسن عن أبى حنيفة: إذا اشترى فلوسًا بدراهم، وليس عند هذا فلوس، ولا عند هذا دراهم، ثم إن أحدهما دفع، وتفرق جاز؛ لأن كل واحد منهما ثمن، فيصير كل واحد منهما مشتريًا بثمن ليس عنده، وذلك جائز، وإنما اكتفى بنقد أحدهما لما ذكرنا قبل هذا أن يبيع الفلوس بالدراهم، يكتفى بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، وإن لم ينقد واحد منهما حتى تفرقا لم يجز؛ لأن هذا دين بدين، وإذا اشترى ديناراً بدراهم، وليس عند هذا ديناراً، ولا عند هذا دراهم، فنقده أحدهما، وتفرقا، لم يجز؛ لأن هذا صرف، وفى عقد الصرف يشترط قبض البدلين قبل التفرق.

١٣١٣٩- ولو باع تبر فضة بعينه بفلوس بغير أعيانهما، وتفرقا قبل أن يتقابضا، فهو جائز؛ لأن التبر ههنا بمنزلة العروض، فكأنه باع عرضًا بفلوس بغير أعيانها، وهناك لا يشترط التقابض، كذا ههنا، وإن لم يكن التبر عنده، لم يجز بمنزلة ما لو باع عرضًا ليس عنده بفلوس، فإذا اشترى شيئًا بدين، وهما يعلمان أنه لا دين عليه، لايجوز الشراء، ويكون هذا بمنزلة الشراء بغير ثمن؛ لأنه سمى ما لا يصير ثمنًا، ولو اشترى بدين مظنون، ثم تصادقا على أنه لا دين، فالشراء بمثل ذلك الدين.

الفصل الثالث

فى البياعات التى يشترط فيها قبض البدلين حقيقة وما يكتفى فيه بقبض البدلين حكمًا، وما يكتفى فيه بقبض أحد البدلين حقيقة، وما لا يكتفى

مسائل هذا الفصل قد ذكرناها بتمامها فى أول الفصل السادس من البيوع، فلانعيد ذكرها -والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى الدراهم المغشوشة

تُباع بالفضة الخالصة، وفى الدراهم المغشوشة، يشترى بها متاع وزنًا، أو عددًا بعينها، أو بغير عينها.

مسائل هذا الفصل قد ذكرناها فى أول الفصل السادس من كتاب البيوع أيضًا، فلانعيد ذكرها.

الفصل الخامس
فى الفلوس

١٣١٤٠ - بعض مسائل هذا الفصل ذكرناها فى أول الفصل السادس من كتاب البيوع أيضًا، فنذكر ههنا ما لم نذكر ثمه، إذا اشترى الرجل متاعًا بعينه، أو عرضًا بعينه، أو فاكهة بعينها بفلوس ليست عنده، فهو جائز؛ لأن الفلوس ثمن، كالدراهم والدنانير، ولو اشترى شيئًا بعينه مما ذكرنا بدراهم أو دنانير، ليست عنده جاز الشراء، كذا ههنا، فإذا اشترى متاعًا بعينه بفلوس بعينها، فله أن يعطى غيرها مما يروج بين الناس، لما ذكرنا أن الفلوس ثمن، فصار الشراء بالفلوس بمنزلة الشراء بالدراهم، ولو اشترى متاعًا بعينه بدراهم بعينها، كان له أن يعطى مثل تلك الدراهم، كذا ههنا.

فإن قيل: الفلوس إنما صارت ثمنًا باصطلاح الناس، لا بالشرع، فإذا عينًا الفلوس فى العقد، فقد قصدا تعليق العقد بالعين، وجعله مثمنًا، وجب أن يبطل الاصطلاح على الثمنية فى حقهما، كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فيمن باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، فإنه يجوز، وينفسخ الاصطلاح على الثمنية فى حقهما تحقيقًا لجواز البيع، إذ لايجوز هذا البيع مع بقاء الثمنية، فالجواب عن هذا الإشكال أن يقال: بأن التعيين محتمل، يجوز أن يكون لتعليق العقد بالمعين، ويجوز أن يكون لبيان قدر الواجب فى النقد وصفته، كأنه قال: بعت منك بمثل هذا الفلوس، فإن كان البيع لتعليق العقد به، ينفسخ ذلك الاصطلاح السابق، وإن كان لبيان قدر الواجب فى الذمة وصفته، لا ينفسخ الاصطلاح السابق، فلايثبت الانفساخ بالاحتمال، حتى لو تصادقا أنهما قصدا تعليق العقد بعينه يقول: بأنه يبطل ذلك الاصطلاح، وتصير الفلوس مثمنًا، لا يجوز للمشترى أن يعطى البائع مثلها، وفيما أورد من المسألة الاصطلاح على الثمنية، لم يبطل بسبب التعيين، لكون التعيين محتملا على ما ذكرنا فى هذه المسألة، فإنما يبطل الاصطلاح ثمه مقتضى جواز البيع؛ لأن البيع لايجوز وهما ثمنان؛ لأن بيع الأثمان واحدًا باثنين من جنس واحد لا يجوز، كبيع الدرهم بالدرهمين، وهنا الجواز ثابت من غير تعيين، فإن بيع المتاع بفلوس فى الذمة جائز؛ فلا يبطل الثمنية لا مقتضى جواز البيع، ولا مقتضى التعيين، ولو أعطى تلك الفلوس، وافترقا، ثم وجد فيها فلسًا، لا ينفق، ورده، واستبدله، هل ينتقض العقد، ففى هذه الصورة، وهو ما إذا

كانت الفلوس ثمن متاع لا يبطل العقد، سواء كان المردود قليلا أو كثيرًا، استبدل أو لم يستبدل؛ لأن أكثر ما فيه أن القبض فى الفلوس قد انتقض بالرد، صار كأن لم يكن، إلا أنه لو لم يقبض الفلوس، وافترقا، لا ينتقض العقد؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين، كذا ههنا.

١٣١٤١- وإن كانت الفلوس ثمن الدراهم، فهو على وجهين: إما إن كانت الدراهم مقبوضة، أو لم تكن، فإن كانت مقبوضة، ورد الـذى لا ينفق، واستبدل، أو لم يستبدل، فالعقد باق على الصحة، وكذلك لو وجد الكل فى هذه الصورة لاينفق وردها، واستبدل، أو لم يستبدل، فالعقد باق على الصحة؛ لأن أكثر ما فيه أن قبض الدراهم ينتقض بالرد، ويصير كأن لم يكن، وكأنه لم يقبض الفلوس، ولكن لو لم يقبض الفلوس والدراهم مقبوضة، وافترقا لاينتقض العقد لما ذكرنا أن فى بيع الفلوس بالدراهم يكتفى بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، وإن لم تكن الدراهم مقبوضة، إن وجد كل الفلوس لا ينفق، فردها بطل العقد فى قول أبى حنيفة وزفر، استبدل فى مجلس الرد، أو لم يستبدل، وقال أبو يوسف ومحمد: إن استبدل فى مجلس الرد، فالعقد صحيح على حاله، وإن لم يستبدل، انتقض العقد، وإن كان البعض لا ينفق، فردها، والقياس أن ينتقض العقد بقدره قليلا كان أو كثيرًا، استبدل فى مجلس الرد، أو لم يستبدل فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وهو قول زفر، ولكن أبى حنيفة استحسن فى القليل إذا رده، واستبدل فى مجلس الرد أن لا ينتقض العقد أصلا.

واختلفت الروايات عن أبى حنيفة رضى الله تعالى فى تحديد القليل، فقال فى رواية: إذا زاد على النصف، فهو كثير، وما دونه قليل، وفى رواية إذا بلغ النصف فهو كثير، وفى رواية قال: إذا زاد على الثلث فهو كثير، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ردها، واستبدل فى مجلس الرد، لا ينتقض العقد، قليلا كان المردود أو كثيرًا، وهذا إذا كان الفلوس فلوسًا قد تروج، وقد لا تروج، فأما إذا كانت الفلوس فلوسًا لا تروج بحال، وقد تفرقا، فرد الفلوس ينتقض العقد [استبدل فى المجلس، أو لم يستبدل، وإن وجد بعض الفلوس بهذه الصفة، ورده ينتقض العقد][1] بقدره استبدل فى مجلس العقد، أو لم يستبدل.

١٣١٤٢- وإذا اشترى الرجل بدانق فلس، أو بقيراط فلس، فهذا جائز استحسانًا، هكذا ذكر فى "الأصل"، قال شمس الأئمة الحلوانى: هذا إذا كان الدانق أو القيراط معلومًا فيما بين الناس، ولا يختلف فى معاملتهم، وأما إذا كان مختلفًا، يأخذ بعضهم عشرة، وبعضهم تسعة، لايجوز العقد لمكان المنازعة، ولم يذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، وشمس

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الأئمة السرخسي هذا الفصل على هذ التفصيل في شرحهما.

١٣١٤٣- ولو اشترى شيئًا بدرهم فلوس، قال في الكتاب: كان مثل ذلك في القياس يريد به على أنه القياس والاستحسان الذي ذكرنا في الدانق: أنه يجوز، ثم قال: وهو في الدراهم أفحش، ولم ينص على الجواز، وعدم الجواز، وقال زفر: لايجوز فيهما، وقال أبو يوسف: إنه يجوز فيهما، وروى هشام عن محمد رحمه الله: أنه يجوز فيهما دون الدرهم، ولا يجوز في الدرهم، فوجه قول زفر: إن الدانق والدرهم ذكر الوزن والفلوس عددي، فيلغو ذكر الوزن فيه، ويبقى ذكر الفلوس، ومجرد ذكر الفلوس من غير ذكر العدد لا يكفي لجواز العقد، وأبو يوسف يقول بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلومًا؛ لأن قدرما يؤخذ بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق، وكذلك قدر الدانق من الفلوس معلوم في السوق، فتسمية الدرهم، أو الدانق كتسمية ذلك العدد في الأعلام، فحصل الأعلام على وجه لا يتمكن المنازعة فيه بينهما، ومحمد يقول فيما دون الدرهم كثير الاستعمال للعبارة عما يؤخذ به من عدد الفلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد، أما في الدرهم وما فوق ذلك، لم يكثر استعماله للعبارة عما يؤخذ به من الفلوس، فلا يقام هو مقام تسمية ذلك العدد، فبقي عبارة عن الفضة؛ لأن مطلق اسم الدانق يقع على الدانق من الفضة، ألا ترى أنه لو قال لغيره: بعتك هذا بدانق، ينصرف إلى الدانق من الفضة، فإذا ذكر بعد ذلك الفلوس، صار تقدير المسألة كأنه قال: بعتك هذا بدانق فضة على أن تعطيني مقام الفضة فلوسًا، فيكون هذا صفقة في صفقة، فلا يجوز.

١٣١٤٤- وإذا أعطى رجل رجلا درهمًا، وقال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وبنصفه درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم، فهذا جائز؛ لأنه جمع بين عقدين كل واحد منهما يجوز حال الانفراد؛ لأنه جمع بين عقد الصرف وبين عقد البيع؛ لأن ما يخص الدرهم الصغير من الدرهم الكبير صرف، وما يخص الفلوس من الدرهم الكبير بيع، فيحكم بالجواز حالة الإجتماع، فإن تفرقا قبل قبض الدرهم الصغير، والفلوس، فالعقد قائم في حصة الفلوس منتقض في حصة الدرهم الصغير؛ لأن في حصة الدرهم الصغير العقد صرف، وقد افترقا فيه قبل قبض أحد البدلين، وبحصة الفلوس ا لعقد بيع، وقد قبض بدله من الدرهم الكبير، ففي حصة الفلوس الافتراق حصل عن عين بدين وإن لم يكن دفع الدرهم الكبير حتى افترقا، بطل البيع في الكل.

١٣١٤٥- ولو قال: أعطني بنصف هذا الدرهم الكبير كذا كذا فلسًا، وأعطني بنصفه

درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة، فإن العقد يفسد كله عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما: يجوز فى حصة الفلوس، وهذا لأن العقد قد فسد فى الدرهم الصغير لمكان الربا، فإن مقابلة نصف درهم بنصف درهم إلا حبة يكون ربا، ومن أصل أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه أن العقد إذا فسد بعضه لمعنى الربا، يفسد الكل عرف ذلك فى كتاب البيوع، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى يقولون: الصحيح أن العقد يجوز فى حصة الفلوس عندهم جميعًا على ما عليه وضع المسألة فى الأصل؛ لأن الصفقة صفقتان على ما عليه وضع المسألة فى الأصل؛ لأن وضع المسألة فى الأصل أعطنى بنصفه كذا فلسًا، وأعطنى بنصفه الباقى درهمًا صغيرًا، وإذا تكرر قوله: أعطنى، تكرر العقد، ففساد أحدهما لايوجب فساد الآخر بمنزلة ما لو قال لغيره: بعنى بهذه الألف عبدًا، وبعنى بنصفها كذا كذا رطلا من خمر، وهناك لا يبطل العقد فى العبد، وإن بطل فى الخمر لما كانت الصفقة متفرقة.

١٣١٤٦- وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الإمام خواهر زاده أنهم صحّحوا ما ذكر فى الكتاب، ووجه ذلك أن الصفقة متحدة ههنا؛ لأنها لو تفرقت تفرقت بتكرر قوله: أعطنى، ولا وجه إليه؛ لأن قوله: أعطنى مساومة، وبتكرر المساومة لايتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع، حتى إن من قال لغيره: بعنى، فقال: بعت، لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد، وكانت الصفقة واحدة، والتقريب ما ذكرنا.

ولو قال: أعطنى به كذا وكذا فلسًا ودرهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا قيراط، كان ذلك كله جائزًا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن فى المسألة الأولى صرح بالفساد حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير [إلا حبة، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، أما فى هذه المسألة لم يصرح بفساد العقد، فإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير، فإنه لم يقل، وأعطنى بنصف الدرهم الكبير][1] درهمًا صغيرًا وزنه مثل وزن نصف الدرهم الكبير إلا قيراط، فيجعل بإزاء الدرهم الصغير من الدرهم الكبير مثل وزنه، وذلك نصف درهم إلا قيراط، والباقى من الدرهم الكبير يجعل بإزاء الفلوس، بخلاف المسألة المتقدمة على ما ذكرنا.

١٣١٤٧- ولو اشترى فلوسًا بدرهم وتفرقا، ثم وجد شيئًا من الفلوس مستحقًا، ولم

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يجزه المستحق، فإن كان مشترى الفلوس نقد الدرهم، فإنه يستبدل مثله، ويجوز العقد؛ لأن أكثر ما فى الباب أن القبض فى المستحق قد انتقض، إلا أن الدرهم مقبوض، وقد ذكرنا أن فى بيع الفلوس بالدرهم يكتفى بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، ألا يرى أنه لو استحق كل الفلوس، فردها، أو لم يقبض الفلوس أصلا حتى تفرقا، وكان مشترى الفلس نقد الدرهم، يبقى العقد على الصحة، فههنا أولى، وإن لم يكن نقد الدرهم، فالعقد ينتقض بقدر المستحق إن كان المستحق بعض الفلوس، وفى الكل إن كان المستحق جميع الفلوس؛ لأن القبض فى المستحق قد انتقض، وصار كأن لم يكن، وكان الافتراق عن دين بدين أما فى حق الكل، وأما فى البعض، وإذا وقع الشراء بالفلوس الرائجة، وكسدت الفلوس قبل القبض، أو كان المشترى فلوسًا، وكسدت قبل القبض، فقد ذكرنا هذه المسائل مع أخواتها، وما يتصل بها فى كتاب البيوع، فلانعيد ذكرها.

الفصل السادس
في خيار الرؤية والرد بالعيب والاستحقاق في باب الصرف

١٣١٤٨- وإذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم، وتقابضا، ثم وجد مشترى الدراهم الدراهم كلها ستوقة أو بعضها، فإن كانا فى مجلس العقد يتوقف على إجازة المستحق، فإن أجاز جاز وإن لم يجز، بطل القبض، وصار كأن لم يكن، فإن قبض دراهم آخر فى مجلس العقد، فالصرف صحيح، وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن لم يقبض بطل العقد، وإن وجدها ستوقة، وكان ذلك فى مجلس العقد ليس له أن يتجوز به؛ لأن الستوقة ليست من جنس بدل الصرف، فيصير مستبدلا ببدل الصرف قبل القبض، ، وأنه لا يجوز، فإن لم يتجوز به، ورده إن استبدل فى المجلس جاز، وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن وجدها زيوفًا أو نبهرجة، وكان ذلك فى مجلس العقد، إن يجوز به المشترى جاز؛ لأن الزيوف من جنس بدل الصرف؛ لأن الزيوف ما كان الفضة فيه غالبًا على الغش، والعبرة للغالب، وإن كان الكل فضة، فبالتجوز به لا يصير مستبدلا ببدل الصرف، وإن رده، واستبدل فى مجلس العقد جاز، وإن افترقا قبل الاستبدال بطل الصرف، وأما إذا وجدها، أو بعضها مستحقة، وكان ذلك بعد الافتراق بأبدانهما إن أجازه المستحق، وكانت الدراهم قائمة جاز؛ لأن خيار الإجازة لا يمنع صحة القبض على سبيل التوقف، فلا يتبين أن الافتراق حصل من غير قبض بدل الصرف، وإذا صح القبض على سبيل التوقف، جاز بإجازته إذا كان رأس المال قائمًا، وإذا رد بطل الصرف كله إن كان الكل مستحقًا، وإن كان البعض مستحقًا بطل الصرف بقدره قل أو كثر؛ لأن القبض فى المستحق موقوف بين أن يكون قبض رأس المال متى أجاز، وبين أن لايكون قبض رأس المال متى لم يجز، والموقوف بين شيئين إذا تعين أحدهما، كان هو الثابت من الأصل، وكان قبض رأس المال لم يوجد أصلا، وأما إذا وجدها ستوقة، أو وجد شيئًا منها ستوقة، وكان ذلك بعد الافتراق بأبدانهما إن وجد الكل ستوقة بطل الصرف بقدر ما يجوز به أو رده واستبدل مكانه آخر، أو لم يستبدل لما ذكرنا أن الستوقة ليست من جنس الدراهم، فتبين أن الافتراق حصل قبل قبض كل بدل الصرف، أو قبل قبض بعضه.

١٣١٤٩- وفى "نوادر ابن سماعة": وضع هذه المسألة فى الإناء، فقال: رجل باع من آخر إناء فضة وزنه عشرة بعشرة دنانير، وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد بائع الإناء نصف الدنانير

ستوقة، ردها وله نصف الإناء، وللمشترى نصف الإناء، وزاد فيه، فقال: لا خيار للمشترى، وعلل، فقال: لأن هذا جاء من قبله حين لم يستوف الثمن جيادا قبل أن يفارقه، وإن وجدها زيوفًا، أو وجد بعضها زيوفًا، وكان ذلك بعد الافتراق بأبدانهما إن تجوز به جاز، كما لو تجوز به قبل الافتراق بأبدانهما، وإن رده إن لم يستبدل فى مجلس الرد يبطل العقد فى المردود بلا خلاف، وإن استبدل فى مجلس الرد القياس أن يبطل الصرف فى المردود، وبه أخذ زفر، وفى الاستحسان لا يبطل، والاختلاف فى هذا نظير الاختلاف فى رأس مال السلم إذا وجده المسلم إليه مستحقة أو ستوقة، أو زيوفًا، وقد ذكرنا الحجج فى مسائل السلم فى كتاب البيوع، ثم اتفقت الروايات عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن ما زاد على النصف كثير، وفى النصف روايتان فى رواية جعله كثيرًا، وفى رواية جعله قليلا، وفى رواية قال: إذا زاد على الثلث، فهو كثير، وقد مر الحجج فى هذا فى كتاب البيوع أيضًا، وإذا اشترى الرجل سيفًا محلى بدراهم أكثر مما فيه، وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد بالسيف عيبًا فى جفنه، أو نصله، أو حمائله، فله أن يرد الكل ما وجد فيه العيب، وما لم يجد؛ لأنه شىء واحد، فإن رده وقبله صاحبه بغير قضاء قاضٍ، ثم فارقه قبل أن يقبض البدل، بطل الرد عند علمائنا الثلاثة، وعاد العقد على حاله.

وقال زفر: لا يبطل الرد، وعلى هذا الخلاف إذا تقايلا الصرف، ثم افترقا قبل قبض البدل، بطلت الإقالة عند علمائنا الثلاثة، قالوا: الإقالة بعد القبض والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، فسخ من وجه بيع جديد من وجه اعتبرنا بيعًا جديدًا فى حق وجوب قبض البدل فى الإقالة قبل الافتراق، فقلنا: إذا افترقا بعد الإقالة قبل قبض بدل الصرف تبطل الإقالة، واعتبرناه فسخًا فى حق جواز الاستبدال.

فقلنا: إذا استبدل بعد الإقالة ببدل الصرف، يجوز عملا بالمعنيين جميعًا بقدر الممكن، ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، ثم افترقا قبل أن يقبض البدل، لايبطل الإقالة؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بقضاء فسخ فى حق الكل، وقبض البدل إنما يجب بحكم عقد الصرف، لا بحكم فسخ الصرف، ولا كذلك الرد بعد القبض بغير قضاء.

١٣١٥٠- ولو اشترى حلى ذهب فيه جوهر مفضض، فوجد بالجوهر عيبًا، فأراد أن يرد الجوهر دون الحلى، ليس له ذلك، ويقال له: إما أن ترد الكل، أو تترك الكل، وهذا لأن الانتفاع المقصود منه، وهو انتفاع التحلى لا يتأتى إلا بالكل، فصار بالنظر إلى المقصود كأن الكل شىء واحد، فهو بمنزلة ما لو اشترى مصراعى باب، أو مصراعى خف، ووجد بأحدهما

عيبًا، وأراد أن يرد الذى وجد العيب به وحده، لم يكن له ذلك، والمعنى ما ذكرنا.

١٣١٥١- ولو أن رجلا اشترى من رجل إبريقًا من فضة فيه ألف درهم بألف درهم، أو اشترى من رجل ألف درهم بمائة دينار، وتقابضا، ثم وجد الدراهم ستوقة، أو رصاصًا وردها، فله أن يفارقه قبل قبض الثمن، وقبل قبض الإبريق؛ لأن رد الدراهم [ستوقة أو رصاصًا][(١)] حصل بحكم فساد الصرف؛ لأن الصرف بسبب الستوقة، والرصاص صار فاسدًا لحصول الافتراق قبل قبض أحد البدلين، والرد بحكم الفساد فسخ من كل وجه، وإذا كان هذا الرد فسخًا من كل وجه، صار نظير الرد بالعيب بقضاء القاضى، وهناك لا يضرهما الافتراق قبل قبض البدل كذا ههنا، ولو كانت الدراهم زيوفًا، وردها فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إن لم يقبض الدنانير حتى تفرقا لم يضرهما ذلك؛ لأن الرد بالزيافة عند أبى حنيفة إذا كان كثيرًا، والرد بالستوقة والرصاص سواء، حتى لا يبقى العقد جائزًا، وإن استبدل فى مجلس الرد؛ لأنه رد بسبب الفساد، فيكون فسخًا من كل وجه.

١٣١٥٢- ولو اشترى إناء فضة، فإذا هو غير فضة، فلا بيع بينهما؛ لأنه أشار وسمى، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمسمى، وأنه معدوم، فلا يقع البيع، ولو كانت فضة سوداء، أو حمراء فيها رصاص أو صفر، وهو الذى أفسدها، فهو بالخيار، إن شاء أخذها، وإن شاء ردها، وهذا لأن المشار إليه من جنس المسمى، فإن مثله يسمى إناء فضة فى الناس، فيتعلق العقد بالمشار إليه، وإنه موجود، فوقع العقد، إلا أن به عيبًا، فيثبت الخيار للمشترى لمكان العيب، ولو كانت الفضة رديئة من غير غش، فليس له الرد؛ لأن حق الرد إنما يثبت إما لفوات المشروط، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب، فوجده غير كاتب، أو لنقصان يتمكن فى المعقود عليه [بأن وجد المبيع، فائت الطرف، أو ما أشبه ذلك، ولم يوجد شيء من ذلك، أما فوات المشروط؛ لأنه لم يشترط له عند العقد إلا كون الإناء فضة، والإناء من الفضة، كما شرط، وأما يمكن النقصان فى المعقود عليه][(٢)] لأن المعقود عليه العين، وبسبب الرداءة لا يتمكن النقصان فى العين، توضيحه:

أن المعيب ما يخلو عنه من أصل الفطرة السليمة، وصفة الرداءة بأصل الخلقة، ألا ترى أن بالرداءة تنعدم صفة الجودة، وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة إنما يستحق صفة السلامة.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٣١٥٣- وإذا اشترى إبريق فضة بذهب ووجد به عيبًا، فهلك فى يده، أو حدث به عيب آخر، فله أن يرجع بنقصان العيب، وهذا ظاهر، ولو كان الثمن فضة، لم يرجع بالنقصان، والفرق أن الثمن إذا كان من جنس الإبريق، فمتى رجع بالنقصان رجع بشىء من الثمن، وعند ذلك يظهر التفاضل، فيتحقق الربا، وإذا كان الثمن من خلاف جنس الإبريق، فمتى رجع بالنقصان، لا يظهر التفاضل، فلايتحقق الربا.

١٣١٥٤- ولو اشترى ديناراً بعشرة دراهم، وتقابضا والدراهم زيوف، فأنفقها المشترى، وهو لا يعلم، فلا شىء له على البائع فى قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: يرد مثل ما قبض، ويرجع بالجياد، قال القدورى فى "شرحه": والظاهر من قول محمد: إنه مع أبى يوسف، وذكر الكرخى قول محمد مع أبى حنيفة، فوجه قول أبى يوسف أن حقه[1] فى الجودة متقوم، وقد أمكن استدراكه برد مثل المقبوض، والرجوع بالجياد، فيرد مثل المقبوض، ويستوفى ما كان حقًا له، ولأبى حنيفة أن المستوفى مثل جنس حقه أصلا، إلا أن له حق الرد بسبب العيب، فيتعين المقبوض للرد؛ لأنه لو رد عينًا آخر، عسى لا يمكن تحقيق معنى الرد.

١٣١٥٥- ولو اشترى ديناراً بعشرة دراهم، ثم استحق نصف الدينار [رجع بنصف الدراهم، وله نصف الدينار][2]، ولا خيار له فى الباقى؛ لأن الشركة فى هذا ليس بعيب، وكذلك تبرة الفضة؛ لأن الشركة فيها ليست بعيب، إذ لا يضرها التبعيض، ولو كان المبيع فلسًا[3]، واستحق البعض منه، كان للمشترى أن يرد الباقى إن شاء، وإن شاء أمسكه بحصته؛ لأن الشركة ههنا عيب، ويرد الباقى بعيب الشركة، ولو باع درهمًا بدينار، ثم قال: برئت إليك من كل عيب بهذا الدرهم، فوجده ستوقًا، لم يبرأ، ولو وجده زيفًا، برئ، والفرق أن البراءة وقعت عن عيب بالدراهم، والزيف درهم، قام به العيب، فدخلت الزيافة تحت البراءة، أما الستوقة ليست بدرهم، فلا يمكن أن يجعل هذا داخلا تحت البراءة.

١٣١٥٦- وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال: أبيعك هذه الدراهم، وأراه إياها، ثم وجدها زيوفًا يبدلها، إلا أن يقول هى زيوف، أو تبرأ عن عيبها، وهذا لأنها وإن عينت لا تتعين، فصار وجود التعيين والعدم بمنزلة، ومطلق الدراهم ينصرف إلى الجياد، فاستحق صلة

---

(١) وفى "ف": صفة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى "ف"، وكان فى "م" و"ظ": قلبًا.

الجودة بمطلق الاسم، وقد فات صفة الجودة إذا وجدها زيفًا، فكان له أن يبدلها قال: إلا أن يبرأ عن عيبها، أو يقول: إنها زيوف؛ لأنه لما قال: إنها زيوف، فقد برئ عن عيبها، فحينئذٍ لايبقى له خيار العيب، وعن محمد فيمن اشترى ديناراً بدراهم، وتقابضا، ثم إن مشترى الدينار باع الدينار من ثالث، ثم وجد الثالث به عيبًا، فرده على الأوسط بغير قضاء، كان للأوسط أن يرده على الأول، قال: ولا يشبه هذا العروض، والفرق أن الدنانير المعيبة لا تملك بالعقد؛ لأنها لا تتعين فى العقد بالتعيين، وإنما يقع العقد على دراهم فى الذمة والملك فى المعيبة يثبت بالقبض، وقد انتقض قبض الثالث بالرد، فعاد[1] إلى الأوسط قد تم ملكه، فكان له الرد، فأما العروض، فإنها تملك بالعقد عينًا؛ لأنها تتعين بالتعيين فى العقد، وإنما يعود إلى البائع بفسخ ذلك البيع بالرد، والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء إن كان فسخًا فى حق المتعاقدين، فهو عقد جديد فى حق الثالث، فلم يعد إلى الأوسط قديم ملكه فى حق البائع الأول، فلا يكون له الرد على البائع الأول.

١٣١٥٧- قال القدوري فى "شرحه": وليس فى الدراهم والدنانير خيار الرؤية، إذا كان الكل نوعًا واحدًا، قال: وكذلك سائر الديون فى العقود، وهذا لأن الرد فى خيار الرؤية لايفيد، إما لأنه لا ينفسخ العقد بالرد؛ لأن العقد لم يرد على هذا المعين، فكيف ينفسخ العقد برده، أو لأنه لو رده فيأخذ مثله، فيثبت له خيار الرؤية أيضًا، وكذلك فى الكرة الثالثة، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، ولو كان شيئًا بعينه إناء، أو تبرًا، أو حليًا مصوغًا، فله أن يرد بالعيب، وخيار الرؤية؛ لأن الرد بخيار الرؤية هنا مفيد؛ لأنها تتعين فى العقد، فينفسخ العقد فيه بالرد بخيار الرؤية، ولو استحق بعضه، وهو بعينه قبل القبض، أو بعده، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذ ما بقى بالحصة، وإن شاء ترك، فإن استحق، ولم يحكم به للمستحق حتى أجاز المستحق جاز، وكان الثمن فيما أجازه للمستحق، يأخذه البائع، ويسلمه إليه، وهذا لأن على ظاهر الرواية العقد الذى جرى بين البائع والمشترى لا ينفسخ بمجرد الاستحقاق [وكذلك بحكم القاضى، وسيأتى بيان ذلك فى كتاب أدب القاضى إن شاء الله تعالى، وإذا لم ينفسخ ذلك العقد بمجرد الاستحقاق][2] تلحقه الإجازة من المستحق، ويصير كأن العقد من الابتداء أورد بإذن المستحق، فيصير البائع وكيلا من جهته، وحقوق العقد تتعلق بالوكيل، فيأخذ البائع الثمن من المشترى، ويدفع إلى المستحق لهذا، وعن أبى يوسف أن المستحق إذا قال عند

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى النسخ الباقية التى توجد عندنا: دفعا بدلا من فعاد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الخصومة: أنا أقيم البينة لأجيز العقد، فحكم له جاز بإجازته، وإن لم يقل ذلك لم يجز، وههنا روايات أخر، وسيأتى جملة ذلك فى "كتاب أدب القاضى".

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣١٥٨- إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم، وتقابضا، ثم جاء بائع الدينار بدراهم زيوف، وقال: وجدتها فى تلك الدراهم، وأنكر مشترى الدينار، فهذه المسألة على وجوه: إما إن أقر بائع الدينار قبل ذلك، فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقى، أو قال: قبضت رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، أو قال: قبضت الدراهم، أو قال: قبضت، ولم يزد عليه، ففى الوجه الأول والثانى والثالث والرابع لا يسمع دعوى بائع الدينار حتى لا يستحلف مشترى الدينار على ذلك؛ لأن بائع الدينار متناقض فى هذه الدعوى، وفى الوجه الخامس، وهو ما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقول قول بائع الدينار، وعلى مشترى الدينار البينة أنه أعطاه الجياد استحساناً، ووجه ذلك أن بائع الدينار بدعواه أنها من دراهمه، وهى زيوف ينكر قبض حقه، ولم يسبق منه إقرار يناقض دعواه؛ لأن الذى سبق منه ليس إلا الإقرار بقبض الدراهم، ومطلق اسم الدراهم يتناول الزيوف، وكأن بائع الدينار قال: لم أقبض حقى، وقال مشترى الدينار: أوفيت حقك، فكان القول قول بائع الدينار، وكان على المشترى البينة أنه أوفاه، وكذلك الجواب فى الوجه السادس، وهو ما إذا قال بائع الدينار: قبضت، ولم يزد على هذا لأنه لو قال: قبضت الدراهم، كان القول قوله فى دعوى الزيافة ههنا أولى، ولو قال: وجدتها ستوقة، أو رصاصاً، لا شك أن لا يقبل قوله فى الوجوه الأربعة؛ لأن فى دعوى الزيافة لايقبل قوله فى الوجوه الأربعة، ففى دعوى الستوقة والرصاص أولى، وكذلك فى الوجه الخامس، لا يقبل قوله، وفى الوجه السادس يقبل.

فرق بين الوجه السادس والخامس، والفرق: أن فى الوجه الخامس بائع الدينار متناقض فى دعوى الستوقة والرصاص؛ لأنه أقر بقبض الدراهم، والستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، فإذا ادعى الستوقة والرصاص، فكأنه أقر له قبض الدراهم، ثم قال لم أقبض الدراهم، أما فى الوجه السادس هو ليس بمناقض فى الدعوى؛ لأنه ذكر القبض، أما ما ذكر شيئًا آخر، والقبض يرد على الستوقة والرصاص، كما يرد على الجيد، فهذا هو الفرق بين الصورتين.

الفصل السابع
فى الرهن والحوالة والكفالة

١٣١٥٩- قال محمد رحمه الله تعالى : إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم بدينار ، فنقد الدينار ، وأخذ بالدراهم رهنًا ، فهو جائز .

يجب أن يعلم بأن الرهن والحوالة والكفالة ببدل الصرف جائزة عند علمائنا الثلاثة ؛ لأن بدل الصرف دين ، فتصح الحوالة والكفالة والارتهان به ، كما فى سائر الديون ، وإذا جاز هذه التصرفات ، نقول بعد هذا : إن قبض من المحتال عليه أو الكفيل قبل الافتراق ، أو هلك الرهن فى يد المرتهن قبل الافتراق تم الصرف بينهما ، ويعتبر قيام مجلس المتعاقدين ، ولا يعتبر افتراق الكفيل والمحتال عليه وعدم افتراقهما ؛ لأن القبض من حقوق العقد ، فيتعلق بالمتعاقدين ، فيعتبر قيام مجلس المتعاقدين ، لا مجلس غيرهما ، لو افترق المتعاقدان ، والرهن قائم ، بطل الصرف ؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض أحد البدلين ؛ لأن المرتهن إنما يصير مستوفيًا ما وقع الارتهان به بعد الهلاك ، فإذا افترقا قبل الهلاك ، فقد حصل الافتراق قبل قبض أحد البدلين ، وكان الصرف باطلا ، وإذا بطل الصرف بالافتراق ، بقى الرهن مضمونًا على المرتهن بأقل من قيمته ومن الدين ، وإن برئ الراهن عن الدين لما فسد الرهن بالافتراق ؛ لأنه برئ بخلف ، فإن الدينار يعود إلى ملك المرتهن ، والأصل أن الراهن إذا برئ عن الدين بخلف لا يبطل ضمان الرهن ، كما لو استوفى المرتهن الدين حقيقة ، فإنه لا يبطل ضمان الرهن ، وإن برئ الراهن عن الدين بإيفاء الدين ؛ لأنه برئ بخلف ، فبقى ضمان الرهن على حاله ، كذا هنا ، بخلاف ما لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، حيث يبطل ضمان الرهن ؛ لأن الراهن هناك برئ عن الدين من غير خلف ، أما ههنا فبخلافه .

أو نقول : ضمان الرهن حكم يثبت بالقبض ، والقبض باقى بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق ، فعند الهلاك يتم الاستيفاء فيماء انعقد ضمانه بالقبض ، وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء ، فيلزمه رد المستوفى ، كما لو استوفاه حقيقة .

١٣١٦٠- قال : وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى به بدينار ، وقبض السيف ، ودفع بالدينار رهنًا ، فالحكم ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة ، أنه إن هلك الرهن قبل افتراقهما بقى الصرف على الصحة وإن افترقا ، والرهن قائم ، بطل الصرف ، وبقى الرهن مضمونًا بالأقل

من قيمته ومن الدين ، لما ذكرنا ، وإن حصل الإرتهان بالسيف ، بأن نقد المشترى الدينار ، وأخذ السيف رهنًا ، فهلك الرهن عنده قبل أن يفترقا ، فإن بائع السيف يؤمر برد السيف على مشترى السيف ، ولا يصير مشترى السيف مستوفيًا السيف [بالهلاك ، أما لأن استيفاء العين من العين لا يتصور ، وأما لأن المرتهن إنما يصير مستوفيًا حقه بالهلاك إذا صح الرهن ههنا ؛ لأن الرهن حصل بالعين ، وهو السيف ، والرهن بالأعيان لا يصح على ما يأتى بيانه فى كتاب الرهن ، وإذا لم يصر الرهن مستوفيًا للسيف](١) بهلاك الرهن ، يؤمر بائع السيف برد السيف على المشترى ، كما قبل الرهن ، ويضمن المرتهن للراهن الأقل من قيمة السيف ومن الرهن ؛ لأن الرهن بالعين رهن فاسد ، وليس بباطل ، والفاسد من العقود بعد القبض ملحق بالصحيح فى حق إفادة حكمه ما أمكن ، كما فى البيع الفاسد ، ولم يمكن اعتباره بالصحيح فى حق الضمان ، بأن يجعله مضمونًا بالعين الذى حصل به الارتهان ، فيجعله مضمونًا بالأقل من قيمته ومن قيمة العين الذى ارتهن به ، أو تقول : قبض الرهن ههنا حصل بجهة الاستيفاء ، والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته فى حق حكم الضمان ، فجعلنا الرهن مضمونًا ، وجعلناه مضمونًا بالأقل من قيمته ومن قيمة السيف لما ذكرنا ، قال : وكذلك لو كان مكان السيف منطقة ، أو سرج مفضض ، أو إناء مصبوغ ، أو فضة تبر ، وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين فى العقد ، فإن جعله كالسيف فى أنه لايجوز أخذ الرهن بعينه -والله أعلم- .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثامن
فى الحط عن بدل الصرف والزيادة

١٣١٦١- قال محمد: إذا اشترى الرجل سيفًا محلى بمائة درهم، وحلية السيف خمسون، وتقابضا، ثم إن بائع السيف حط عن ثمنه درهمًا، فهو جائز؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمنًا، فكأنه من الابتداء باع السيف بتسعة وتسعين درهمًا، فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها، والباقى بمقابلة السيف.

١٣١٦٢- ولو أن رجلا ابتاع من رجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم، وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط عن ثمنه درهمًا، وقبل المشترى الحط، وقبض الدرهم المحطوط من البائع، فسد البيع كله فى قول أبى حنيفة، وفى قول أبى يوسف ومحمد: الحط باطل، غير أن عند أبى يوسف لا يصير المحطوط من البائع هبة مبتدأة، حتى كان على مشترى القلب أن يرد الدرهم على بائعه، والعقد الأول صحيح، وفى قول محمد يصير ذلك هبة مبتدأة، حتى كان للمشترى أن يمتنع عن تسليم الدرهم إلى البائع، فوجه قول أبى يوسف ومحمد فى بطلان الحط أن الحط لو صح، يبطل من حيث صح.

بيانه: أن الحط لو صح التحق بأصل العقد، فيصير العقد فاسدًا من الأصل لمكان الربا، وإذا فسد العقد من الأصل، لا يكون المحطوط ثمنًا؛ لأن المحطوط من المسمى، والمسمى لا يبقى ثمنًا متى فسد العقد من الأصل، فهو معنى قولنا أنه لو صح الحط لبطل من حيث صح، فلا يصح، ولهذا الطريق قلنا: إذا حط جميع الثمن لا يصح الحط حتى لا يفسد العقد؛ لأنه لو صح لبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويبقى العقد بلاثمن، فلم يصح من الابتداء، كذا ههنا، فبعد هذا قال محمد: يجعل المحطوط هبة مبتدأة؛ لأن الحط لو صح حقيقة أفاد معنى الهبة، وهو التمليك بغير عوض، فعند تعذر تصحيحه بحقيقته يجعل كناية عن الهبة، صيانة للتصرف عن الإلغاء، وأبو يوسف لا يجعله هبة مبتدأة، إذ ليس فى الحط معنى الهبة؛ لأن الهبة إيجاب ملك مبتدأ، والحط لإخراج المحطوط عن الإيجاب، وليس فيه إيجاب ملك مبتدأ، وأبو حنيفة يقول: إن تعذر تصحيح الحط بحقيقته؛ لأنه لو صح بحقيقته لبطل من حيث صح، أمكن أن يجعل مجازًا عن إنشاء العقد بما وراء المحطوط.

بيان هذا الكلام أن فى الموضع الذى صح الحط حقيقة إن لم يكن ثمه ربا، كان من

حكمه أن يصير العقد الموجود بما وراء المحطوط من الأصل، فعند تعذر العمل بالحقيقة يجعل الحط كناية عن إنشاء العقد بما وراء المحطوط كأن البائع قال لمشترى القلب ثانيًا: بعتك هذا القلب بتسعة دراهم، وقبل المشترى، وهناك ينفسخ العقد الأول، ويثبت الثانى، وإن كان انعقاد الثانى بوصف الفساد، إلا أن الفاسد من البيع بمنزلة الصحيح، حتى يقع الحنث فى اليمين على أن لا يبيع بالبيع الفاسد، فيرتفع الأول بالثانى، كما لو كان الثانى صحيحًا، وهكذا يقول فى حط جميع الثمن أن عند تعذر تصحيحه يجعل كناية عن حكمه؛ لأن حكمه بيع بغير ثمن، فإذا جعلناه كناية عنه، صار كأن البائع قال للمشترى ثانيًا: بعتك بغير شيء، ولو قال هكذا، لا ينعقد الثانى، ولا ينفسخ الأول؛ لأن انفساخ الأول حكم انعقاد الثانى.

١٣١٦٣- هذا إذا حط بائع القلب عن ثمن القلب درهمًا، وأما إذا زاد المشترى فى ثمن القلب درهمًا، وقبل البائع ذلك، فعلى قول أبى حنيفة تصح الزيادة، ويلحق بأصل العقد، ويفسد العقد كله، وعلى قول أبى يوسف ومحمد محمد لا تصح الزيادة، ولا تصير هبة مبتدأة، فأبو حنيفة سوى بين الحط والزيادة، فحكم بصحتهما، والتحاقهما بأصل العقد، وفساد العقد بسببهما، وكذلك أبو يوسف سوى بين الزيادة والهبة، فلم يصححهما إلا بحقيقتهما، ولاهبة مبتدأة، ومحمد فرق بين الزيادة والحط، وصح الحط هبة مبتدأة [ولم يصح الزيادة هبة مبتدأة][1]، والفرق أن فى الحط معن يالهبة؛ لأن المحطوط يصير ملكًا للمحطوط عنه بغير عوض، وليس فى الزيادة معنى الهبة؛ لأن الزيادة لو صحت تلتحق بأصل العقد، ويأخذ حصته من المبيع، والهبة تمليك بغير عوض، والتمليك بغير عوض لا يصلح كناية عن التمليك بعوض، فلهذا افترقا.

١٣١٦٤- ولو اشترى قلب فضة وثوبًا بعشرين درهمًا، وفى القلب عشرة دراهم، وتقابضا، ثم حط البائع درهمًا من ثمنها جميعًا، فإن المحطوط يكون عنهما نصفه فى الثوب، فيصير البيع فى الثوب بحصته من العشرين، ويحط عن ثمنه نصف درهم، وهذا بلا خلاف، وكذلك يصح نصف الحط فى القلب عند أبى حنيفة حتى يفسد العقد فى كل القلب؛ لأنه يكون بمقابلته أقل من وزنه، إلا أن هذا فساد طار، فلا يفسد به العقد فى حصة الثوب، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لا يصح الحط فى حصة القلب، إلا أن محمدًا يجعله هبة مبتدأة، وأبو يوسف لا يجعله هبة مبتدأة، وهذا بخلاف ما لو قال البائع: حططتك درهمًا عن ثمنهما، ولم يقل: جميعًا، فإن الحط يصح كله، ويصرف إلى الثوب، ويبقى العقد فى القلب جائزًا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ووجه الفرق بينهما أنه قال: متى حططت عنك من ثمنهما، ولم يقل: جميعًا، فلم يصر بالفساد، فيحتال لصحة الحط ما أمكن؛ لأن ظاهر عقله ودينه يحمله على ذلك، وإنما قلنا أنه لم يصرح بالفساد؛ لأنه وإن كنى عن شيئين بقوله: هما، إلا أنه يجوز أن يكنى عن شيئين، ويراد به أحدهما، وهذا لأن الكناية عن الجميع معتبر بصريح الجمع وصريح الجمع يذكر، ويراد به الخصوص، فكذا الكناية عن الجمع، وإذا كان محتملا للخصوص حمل عليه بظاهر عقله ودينه احتيالا[١] للصحة، بخلاف ما لو قال: من ثمنهما؛ لأنه صرح بالفساد؛ لأنه لايمكن حمله على أحدهما مع قوله جميعًا؛ لأن قوله جميعًا كلمة تأكيد، وكلمة التأكيد متى ذكرت عقيب صريح الجمع، فإنها تذكر لمنع الخصوص، لا فائدة له سوى ذلك، كما في قوله: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾[٢]، فكذلك إذا ذكرت عقيب الكناية عن الجمع كان ذكرها لمنع الخصوص، وإذا كان فائدة هذه الكلمة المنع من الخصوص، وقد صرح بها لايمكن الحمل على الخصوص، فحمل عليهما، وإذا حمل عليهما، صار كأنه نص، فقال: حططت عنك نصف درهم من ثمن القلب، ونصف درهم من ثمن الثوب، ولو صرح[٣] بهذا كان تصريحًا منه بالفساد، كذا ههنا.

فإن قيل: هذا يشكل بما إذا نقد عشرة، وقال هذ المنقود من ثمنهما جميعًا، فإنه يجعل المنقود من ثمن القلب استحسانًا، وقد ذكر كلمة التأكيد عن الجمع، ولم يمنع ذلك الحمل على الخصوص، قلنا: ذكر كلمة التأكيد بعد الكناية عن الجمع في مسألة النقد، لم يصح؛ لأنه لو لم يذكر كلمة التأكيد بأن قال: من ثمنهما، ولم يقل: جميعًا، لم يكن الخصوص ثابتًا من جهته، وإنما كان ثابتًا من جهة الشرع؛ لأن الشرع جعل الفضة مستحقة بالفضة في العقد، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة»[٤] أي بيع الفضة بالفضة، فكذا في القبض تكون الفضة مستحقة بالفضة شرعًا؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد من حيث إن القبض يفيد ملك التصرف، كما أن العقد يفيد ملك الرقبة، وإذا كان التخصيص قبل ذكر كلمة التأكيد في مسألة النقد [من جهة الشرع لم يمنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد من جهة العقد، وصار ذكر كلمة

(١) هكذا في الأصل و"ظ"، وكان في النسختين: "م" و"ف": احتمالا.

(٢) سورة الحجر: الآية ٣٠.

(٣) و"ف": ولو قال: صرّح بهذا.

(٤) قد مرّ تخريجه.

التأكيد فى مسألة النقد][1]، ولم يمنع الخصوص بسببها والعدم بمنزلة، ولو عدمت، فإنه يجعل المنقود عن القلب، فكذا إذا جعل ذكرها كالعدم، بخلاف مسألة الحط؛ لأن هناك الخصوص ثابت بدون كلمة التأكيد من جهته بظاهر عقله ودينه؛ لأن الحط ليس ببيع، ولا هو فى معنى البيع، وإنما هو إخراج بعض الثمن من العقد بغير عوض يحصل للبائع، واستحقاق الفضة بالفضة ثابت شرعًا فى البيع، أو فيما هو فى معنى البيع، وهو القبض، فإذا لم يكن الحط بيعًا، ولا فى معنى البيع، وهو القبض، لم يثبت استحقاق الفضة بجنسها شرعًا فى الحط، وكان الخصوص فى الحط بدون ذكر كلمة التأكيد ثابتًا من جهة العقد بدون جهة الشرع، فجاز أن يعمل كلمة التأكيد من جهة العقد فى منع الخصوص، وإذا امتنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد، انصرف الحط إليهما، والتحق بأصل العقد، وكأنه أنشأ البيع، وقال: اشتريت منك هذا القلب بتسعة ونصف، واشتريت هذا الثوب بتسعة ونصف، ولو صرح بذلك يفسد العقد فى القلب، ولايفسد فى الثوب، كذا ههنا.

١٣١٦٥- قال: إذا اشترى الرجل سيفًا محلى بخمسين درهمًا، وحلية السيف خمسون، ثم إن البائع حط عن ثمن السيف درهمًا، جاز الحط، وصرف الحط إلى ما وراء الفضة احتيالا لتصحيح الحط؛ لأنه لم يصرح بالفساد لما حط عن ثمن السيف؛ لأن السيف كما يذكر ويراد به الحلية مع النصل يذكر، ويراد به ما وراء الحلية، وإذا كان ما ذكر محتملا للخصوص خص منه الحلية، وصرف الحط إلى ثمن النصل احتيالا للجواز بظاهر عقله ودينه، وأمكن القول به؛ لأنه تخصيص لإبقاء حكم فى المخصوص، لا لإثبات حكم آخر فى الخصوص، فظاهر الحال يصلح حجة لإيفاء ما كان إن لم يصلح لرفع ما كان ثابتًا.

١٣١٦٦- قال: ولو أن رجلا اشترى من آخر قلب فضة بعشرين دينارًا، وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط عن المشترى عشرة دنانير، فذلك جائز؛ لأن هذا الحط لو صح لا يبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويجعل كأنه باع من الابتداء قلب فضة بعشرة دنانير، وبيع القلب من الفضة بعشرة دنانير جائز كيف ما كان لاختلاف الجنس، ثم يبقى الحط جائزًا، وإن لم يقبض مشترى القلب قدر المحطوط من بائع القلب فى مجلس الحط؛ لأن الحط ليس بصرف لا حقيقة ولا معنى؛ لأنه إخراج بعض الثمن عن العقد من غير عوض يحصل للبائع، فإن قدر المحطوط يعود إلى ملك المشترى من غير عوض، وإذا لم يكن فيه معنى البيع، لايمكن أن يعتبر صرفًا فى حق الثالث، فلا يجب القبض، بخلاف الإقالة؛ لأنها بيع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

معنى، فيمكن أن يعتبر صرفًا فى حق الثالث، فيجب القبض.

١٣١٦٧ - قال: وإذا اشترى الرجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار، ثم إن أحدهما زاد صاحبه شيئًا، ينظر إن زاد بائع القلب، وكانت الزيادة ثوبًا، ورضى به مشترى القلب، فالزيادة جائزة؛ لأن الزيادة لو صحت لا يبطل من حيث صحت؛ لأنها تلتحق بأصل العقد، ويجعل كأن العقد من الابتداء ورد على قلب فضة فيه عشرة دراهم، وعلى ثوب بدينار، وذلك جائز، فههنا كذلك، ولا يشترط قبض الثوب فى المجلس؛ لأن ما يخص الثوب من الدينار بيع، وليس بصرف، وإن كانت الزيادة ذهبًا، وكانت من قبل البائع، ينظر إن كانت الزيادة دينارًا، أو أكثر صحت الزيادة عند أبى حنيفة، وبطل العقد؛ لأن الدينار يكون بالدينار، فبقى القلب ربا إن كانت الزيادة دينارًا، ويبقى القلب مع شىء من الدينار ربا إن كانت الزيادة أكثر من الدينار، وأما على قول أبى يوسف ومحمد لا تصح الزيادة، ويبقى العقد على الصحة، وإن كانت الزيادة نصف دينار، فهو جائز، وتلتحق الزيادة بأصل العقد، وصار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار، وذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة فى مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة بدل الصرف.

فإن قيل: كان ينبغى أن لا يصح العقد فى قدر الزيادة، وإن وجد قبض الزيادة فى مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد، وصارت كالموجود لدى العقد، فإذا صارت كالموجود لدى العقد صار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار، وقبض الدينار، وسلم القلب، ولم يسلم نصف الدينار حتى تفرقا، وهناك لا يصح العقد فى الزيادة، وهى نصف الدينار، كذا هنا؟

والجواب: أن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد القائم وقت الزيادة، ولا يستند إلى وقت استثناء العقد حتى لا يثبت الملك فى الزيادة مستندًا إلى وقت إنشاء العقد، وإنما يثبت الملك فى الزيادة من وقت شرط الزيادة، وهذا لأن بسبب ثبوت الزيادة قول العاقد زدت وإنه وجد الآن، والحكم لا يثبت قبل سببه، فهو معنى قولنا: أن الزيادة لا تلتحق بإنشاء العقد السابق، وإنما يلتحق بأصل العقد القائم حكمًا، وهذا لأن أصل العقد السابق قائم فى الحال حكمًا، ولهذا يرد عليه الفسخ، فإذا التحق الزيادة بالعقد القائم وقت شرط الزيادة، كان مجلس الزيادة فى حق الزيادة فى مجلس العقد، فلهذا صح قبض الزيادة فى مجلس الزيادة؛ وإن لم يقبض الزيادة فى مجلس الزيادة، بطل العقد فى الزيادة بما يخصها من الدينار؛ لأن بعض الدينار صار بمقابلة الزيادة، وقد بطل العقد فى الزيادة، فيبطل فيما يخصهما من

الدينار .

١٣١٦٨- هذا إذا كانت الزيادة من بائع القلب ثوبًا، أو ذهبًا، فإن كانت الزيادة من بائع القلب فضة ، فإنه يجوز الزيادة وإن كثرت ؛ لأنه يصير بائعًا القلب مع الفضة بدينار ، فيجوز كيف ما كان ، وإن كانت الزيادة من قبل مشترى القلب [فإن كانت الزيادة ثوبًا يصح ، ولا يشترط قبض الثوب فى المجلس لما ذكرنا ، وإن كانت الزيادة ذهبًا][(١)] ، فإن كانت دينارًا ، أو أكثر ، أو أقل ، جازت الزيادة ، ويصير كأن مشترى القلب اشترى القلب بدينارين ، أو بأكثر منهما ، أو بأقل منهما ، وكل ذلك جائز ، إلا أنه يشترط قبض الزيادة فى مجلس الزيادة ، وإن لم يقبضها ، بطل العقد فى القلب بحصة الزيادة ؛ لأن حصة الزيادة من القلب صرف ، فإذا لم يوجد قبض الزيادة فى المجلس ، بطل الصرف فى الزيادة ، فيبطل فيما يخصها من القلب ضرورة ، وإن كان مشترى القلب زاد فضة ، فإن كان الفضة مثل القلب ، أو أكثر لايجوز ؛ لأن القلب يكون بمثله من الفضة ، فيبقى الدينار أو الدينار[(٢)] مع شيء من الفضة ربا ، وإن كانت الفضة أقل من القلب ، يجوز ، ويصير الفضة بمثلها من القلب ، والباقى من القلب يكون بإزاء الدينار ، فيجوز .

١٣١٦٩- قال : وإذا اشترى سيفًا محلى فيه خمسون درهمًا بمائة درهم ، وتقابضا ، ثم إن مشترى السيف زاد درهمًا ، أو دينارًا ، فهو جائز ، وتصرف الزيادة إلى ما وراء الحلية ، وهو النصل بظاهر عقله ودينه احتيالا للجواز ، وإن تفرقا قبل قبض الزيادة لا يبطل الزيادة ، لما ذكرنا أن الزيادة فى مثن النصل ، لا فى الحلية ، ولو كان بائع السيف هو الذى زاد دينارًا ، صحت الزيادة ، وصار كأنه باع سيفًا فيه خمسون درهمًا ودينارًا بمائة درهم ، فإن لم يقبض الزيادة حتى تفرقا ، وانتقض العقد فى الدراهم بحصة الدينار ، لما ذكرنا أن من حيث المعنى كأنه باع سيفًا فيه خمسون درهمًا ودينارًا بمائة درهم ، فخمسون درهمًا تكون من الثمن بمقابلة الحلية ، والخمسون الباقية تقسم على الدينار وعلى قيمة النصل ، فما أصاب الدينار يجب رده ؛ لأن العقد قد انتقض فيه بترك قبض الدينار فى المجلس .

١٣١٧٠- قال فى "الجامع" : وإذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار ، وتقابضا ، وتفرقا ، ثم التقيا ، فزاد المشترى البائع فى الثمن عشرة دنانير ، تصح الزيادة ، ويشترط قبض الزيادة فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) هكذا فى النسختين : "ظ" و "ف" ، وكان فى الأصل : أو الدينارين مع شيء ، وكان فى "م" : أو الدنانير مع شيء .

مجلس الزيادة، لما مرّ، ولا يشترط قبض الإبريق في الحال، وإن كانت الزيادة تقابل الإبريق في الحال، إلا أن الزيادة للحال، لا تقابل الإبريق حقيقة، وإنما تقابله تسمية؛ لأن الإبريق صار مملوكًا بكماله بأصل الثمن، وبالزيادة لا يزاد ملكه، ولم ينفسخ العقد بشرط الزيادة؛ لأن الزيادة لا بد لها من قيام المزيد عليه، وذلك لا يكون إلا على اعتبار بقاء العقد، علم أن الزيادة لا تقابل الإبريق للحال حقيقة، وإنما تقابله صورة، غير أنها إذا صحت التحقت بأصل العقد، فتثبت المقابلة من وقت وجود العقد من حيث المعنى، والمقابلة من حيث المعنى أقوى من المقابلة من حيث الصورة، وقبض الإبريق موجود وقت العقد حقيقة، فوقعت الغنية عن اشتراط قبضه وقت المقابلة صورةً، أما في حق الزيادة لا يمكن اعتبار القبض وقت المقابلة معنى، فاعتبرناه وقت وجود المقابلة صورة.

الفصل التاسع
فى الصلح فى الصرف

١٣١٧١- رجل اشترى من رجل عبداً بمائة دينار، وتقابضا، ثم وجد مشترى العبد بالعبد عيبًا، وخاصم البائع فيه، فأقر البائع بالعيب، أو جحده، وصالحه المشترى عن العيب على دنانير، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون بدل الصلح أقل من حصة العيب من الثمن بإنكار حصة العيب من الثمن عشرة، ووقع الصلح على أقل من عشرة دنانير، وافترقا قبل التقابض، فالصلح جائز.

من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكرنا من الجواب مستقيم على قولهما، أما على قول أبى حنيفة: ينبغى أن لا يجوز الصلح إذا افترقا قبل التقابض، وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلافهم فى المغصوب منه إذا صالح مع الغاصب بعد هلاك المغصوب منه على أكثر من قيمته، على قول أبى حنيفة: يجوز؛ لأن حق المغصوب منه بمجرد الهلاك لا ينتقل عن العين إلى القيمة إلا بقضاء أو رضاء، فقبل القضاء والرضا، يكون الصلح واقعًا عن المغصوب، فيجوز على أكثر من قيمته، كذا ههنا حق المشترى لا ينتقل عن الجزء الفائت [إلى حصة من الثمن إلا بقضاء، أو تراضٍ منهما عند أبى حنيفة، فقبل القضاء والرضاء يكون الصلح واقعًا عن الجزء الفائت][1]، وإنه دين معنى، فيبطل الصلح بالافتراق عن المجلس قبل قبض الصلح؛ لأن الافتراق يكون عن دين بدين، وعلى قول أبى يوسف ومحمد: صلح المغصوب منه مع الغاصب على أكثر من قيمته لا يجوز؛ لأن عندهما حق المغصوب منه بمجرد الهلاك ينتقل عن العين إلى القيمة، فيكون الصلح واقعًا عن القيمة، فلا يجوز على أكثر من القيمة لمكان الربا، فكذا ههنا حق المشترى ينتقل عن الجزء الفائت إلى حصته من الثمن، وذلك عشرة دنانير، فيكون الصلح واقعًا من حيث المعنى من عشرة دنانير على ثمانية دنانير، ولو كان هكذا حقيقة لا يبطل الصلح بالافتراق قبل قبض بدل الصلح؛ لأن هذا ليس بصرف، بل هو استيفاء لبعض الحق، وإسقاط لبعض الحق، كذا ههنا.

ومن المشايخ من قال ما ذكر ههنا قول الكل، وهذا القائل يقول: بأن حق المشترى فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الجزء الفائت ينتقل إلى حصته من الثمن من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، أو التراضي بينهما، وفرق هذا القائل على قول أبي حنيفة بين هذه المسألة، وبين مسألة الغصب، والفرق أن في باب الغصب حق المالك كان في عين المغصوب قبل الهلاك لو انتقل إلى القيمة؛ لأن الهلاك على ملكه متصور، بأن أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب، وإذا لم يكن عن ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة بقي حق المغصوب منه في عين العبد، فإنما صالح عن عين المغصوب لا عن قيمته، فيجوز كيف ما وقع الصلح، فأما حق المشتري في الأصل في الثمن، لا في المبيع، وإنما ينتقل إلى المبيع وأجزائه بالبيع، فإذا عجز البائع عن تسليم شيء منه قبل القبض عجزا لا يرجى زواله، انفسخ البيع، وانتقل حقه إلى الثمن، ألا يرى أنه لو هلك المبيع كله قبل القبض، ينتقل حق المشتري إلى جملة الثمن، فلا يحتاج فيه إلى القضاء والتراضي، فكذا إذا هلك البعض، فإذا انتقل حق المشتري إلى حصة الجزء الفائت عن الثمن، كان الصلح واقعًا عن حصة الجزء الفائت من الثمن، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض؛ لما قلنا لأبي يوسف ومحمد، فأما إذا وقع الصلح على أكثر من حصة العيب، فإن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، بأن وقع الصلح على اثني عشر دينارًا، فعلى قول أبي حنيفة: يجوز الصلح، وعلى قولهما: لا يجوز، فوجه قولهما: إن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن، فإذا كان حصة العيب من الثمن عشرة، ووقع الصلح على اثني عشر، فقد تمكن الربا، ولأبي حنيفة أنه إن تعذر يجوز هذا الصلح بطريق المعاوضة لمكان الربا أمكن تصحيحه بطريق آخر، بأن يجعل البائع موفيًا حصة العيب بتمامه، وذلك عشرة حاطًا دينارين عن ثمن الباقي، ولو كان كذلك يصح ما صنع، ويجب رد دينارين عن ثمن الباقي، وإن كان الثمن مقبوضًا، ويسقط عن المشتري هذا القدر إن لم يكن الثمن مقبوضًا، كذا ههنا، وإن كان البائع صالح المشتري عن العيب على دراهم، فإن قبض بدل الصلح قبل أن يتفرقا جاز، وإن تفرقا قبل قبض بدل الصلح، بطل الصلح، وهذا لأن الصلح وقع عن حصة الجزء الفائت من الثمن، وحصة الجزء الفائت من الثمن دنانير، فإذا صالحه على دراهم، لا يمكن تصحيحه بطريق استيفاء البعض وإسقاط البعض؛ لأن الجنس مختلف لو صح صح بطريق المعاوضة، وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأنه صرف، والصرف لا يصح إذا وقع الافتراق قبل قبض أحد البدلين.

١٣١٧٢- وإذا ادعى رجل على رجل مائة درهم، فأنكر المدعى عليه ذلك، أو أقر، ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة، أو إلى أجل، ثم افترقا قبل القبض، فالصلح جائز، أما

إذا كان الصلح عن إقرار ، فلأن هذا الصلح استيفاء للبعض ، وإبراء عن البعض فى زعم المدعى والمدعى عليه ، وليس بصرف ، وأما إذا كان جاحدا ، فلأن هذا الصلح فى زعم المدعى استيفاء للبعض ، وإبراء عن البعض إن كان بدل الصلح حالا ، وتأجيل البعض إن كان بدل الصلح مؤجلا ، وفى زعم المدعى عليه افتداء عن اليمين ، وليس بصرف ، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض ، وكذلك لو كان فيه خيار الشرط لواحد منهما ، فافترقا قبل التقابض ، لا يبطل الصلح ؛ لأن أثر الخيار فى فوات القبض ، وهذا الصلح لا يبطل بفوات القبض ، فاشتراط الخيار كيف يؤثر فيه ، وإن كان صالحه على خمسة دنانير ، وافترقا قبل التقابض بطل الصلح ، وإن افترقا بعد القبض ، فالصلح صحيح ؛ لأن هذا صلح على خلاف جنس الحق ، فلا يمكن تصحيحه إلا بطريق المعاوضة ، فيكون صرفًا ، والتقابض فى الصرف شرط .

١٣١٧٣ - وإذا ماتت المرأة ، وتركت ميراثًا من رقيق وثياب وذهب وفضة وحلى فيه جوهر ولؤلؤة وغير ذلك ، وتركت زوجها وأباها ، وميراثها كله عند أبيها ، فصالح الأب زوجها على مائة دينار ، فهذا على وجهين : الأول : أن يعلم نصيب الزوج من الذهب المتروك ، وفى هذا الوجه إن كان بدل الصلح أكثر من نصيب الزوج من الذهب ، يجوز ، وإن كان مثله أو أقل لايجوز .

الثانى : إذا كان لا يعلم نصيب الزوج من الذهب المتروك ، وفى هذا الوجه لايجوز الصلح ، وكذلك إذا صالحه على خمسمائة درهم ، فهو على هذين الوجهين أيضًا ، أما أن يعلم الزوج من الدراهم المتروكة ، أو لا يعلم ، والجواب فى الوجهين على نحو ما ذكرنا فى فصل الذهب ، وإن كان صالحه على مائة درهم وخمسين دينارًا ، جاز الصلح كيف ما كان ، أما إذا كان بدل الصلح من كل واحد من الجنسين [أكثر من حصة الزوج من ذلك الجنس ، فلأن حصة الزوج من كل واحد من الجنسين][(١)] يجعل بمثله من جنسه من بدل الصلح ، والفاضل من بدل الصلح يجعل بإزاء العروض ، وأما إذا كان بدل الصلح من كل واحد من الجنسين مثل حصة الزوج من ذلك ، فلأن بدل الصلح من الذهب يصرف إلى الفضة من التركة ، وبدل الصلح من الفضة يصرف إلى الذهب من التركة ، وإلى المتاع والرقيق تحريا للجواز ، وطلبا للصحة ، فإن وجد التقابض بقى الصلح فى الكل على الصحة ، وإن لم يوجد التقابض ، يبطل الصلح ، هكذا ذكر فى الكتاب ، ويجب أن يقال : بأن الصلح فى حصة الصرف يبطل ، وكذلك فى حصة اللآلئ والجواهر التى لا يمكن نزعه إلا بضرر ، وأما ما عدا ذلك من الثياب والمتاع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

والعروض، فالصلح يبقى على الصحة، وهو نظير ما لو اشترى ثوبًا قيمته عشرة، وعشرة دراهم بعشرين درهمًا، وتفرقا من غير قبض، يبطل العقد بحصة الصرف، ويبقى في الثوب بحصته على الصحة، كذا هنا.

وإن قبض الزوج الدراهم والدنانير التي هي بدل الصلح، وكان الميراث في بيت الأب، ولم يكن حاضرًا في مجلس الصلح، فإن الصلح يبطل بحصته من الذهب والفضة، هكذا ذكر في الكتاب، وهذا إذا كان الأب مقرًا للزوج بما عنده حتى يكون نصيب الزوج أمانة في يده؛ لأنه قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء، فيحصل الافتراق بغير قبض، فيبطل حصة الصرف، وحصة ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر، كالجوهر المرصع واللؤلؤ المرصع، فأما إذا كان جاحدا للزوج ما عنده، فالصلح صحيح في الكل؛ لأن الأب إذا كا جاحدا للزوج ما عنده، كان الأب غاصبًا نصيب الزوج، وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، فإذا قبض الزوج بدل الصلح، فالافتراق حصل بعد التقابض، فلا يبطل الصلح في حصة الصرف، وكذلك إذا كان الأب مقرًا للزوج بما عنده، إلا أن الميراث كان حاضرًا في مجلس الصلح، فالصلح جائز في الكل؛ لأن الزوج قبض بدل الصلح في مجلس الصلح، وللأب قبض نصيب الزوج من التركة؛ لأنه تمكن من قبضه حقيقة إذا كان حاضرًا في مجلس الصلح، والتمكن من القبض قبض حكمًا عرف ذلك في موضعه، فحصل الافتراق بعد قبض البدلين، وستأتي هذه المسألة من طرف المرأة مع زيادة كلمات في كتاب الصلح -إن شاء الله تعالى-.

١٣١٧٤- إذا ادعى رجل سيفًا محلى بعينه في يدي رجل، فصالحه المدعى عليه على عشرة دنانير، يدفعها المدعى عليه إلى المدعى، فقبض المدعى منها خمسة، واشترى بالخمسة الأخرى ثوبًا، فإن كانت الخمسة المقبوضة مقدار حصة الحلية، فالصلح صحيح؛ لأن المنقود يجعل بإزاء الحلية؛ لأن قبض حصة الحلية مستحق في المجلس [وقبض حصة الثوب في المجلس][1] ليس بمستحق، وإذا جعلنا المنقود حصة الحلية، حصل الافتراق بعد قبض البدلين فيما هو صرف؛ لأن موضوع المسألة أن المدعى عليه جاحد للسيف، حتى يكون غاصبًا لها، وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، وإن كان المدعى عليه مقرًا بالسيف؛ لأن السيف كان حاضرًا في مجلس الصلح، وما بقي من بدل الصلح غير منقود، فهو ثمن النصل، والاستبدال بثمن النصل قبل القبض جائز، فإن كانت الخمسة المنقودة أقل من مقدار حصة الحلية، فالصلح باطل في الكل، أما في حصة الحلية، فلاإشكال؛ لأنه بطل في بعضه، فيبطل في الباقي؛ لأنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

شيء واحد، وأما فى حصة الشراء؛ لأنه دخل بعض بدل الحلية فى شراء الثوب، والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لايجوز، لما فيه من بدل القبض، وإذا بطل شراء الثوب فى البعض بطل فى الباقى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن شراء الثوب فى البعض بطل لمعنى الربا؛ لأنه بطل لما فيه من فوات القبض، وبفوات القبض فى أحد البدلين فى الصرف يتمكن ربا نسأ، وإذا صار بعض بدل الحلية مشروطًا فى شراء الثوب، فقد بطل شراء بعض الثوب لمكان ربا شرط فيه، فيبطل فى الباقى، كما لو أسلم حنطة فى شعير وزيت، وعندهما شراء الثوب يبطل بقدر ما صار من حصة الحلية داخلا فيه، ويبقى فى الباقى، كما فى مسألة السلم.

١٣١٧٥- وإذا اشترى الرجل إبريق فضة بمائة دينار، وفى الإبريق ألف درهم، وتقابضا، ثم وجد مشترى الإبريق بالإبريق عيبًا، وهو قائم بعينه، حتى يكون له رد الإبريق، فصالح بائع الإبريق المشترى على دينار، وقبض المشترى الدينار أو لم يقبض حتى تفرقا، فالصلح ماضٍ، ذكر المسألة فى "الأصل" من غير ذكر خلاف، وهذا الجواب على قولهما مستقيم، وكذلك على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على قول من يقول من المشايخ بأن الصلح عن حصة العيب من الثمن؛ لأن حصة العيب من الثمن دنانير، وبدل الصلح دينار أيضًا، فيكون هذا الصلح واقعًا على جنس حقه، فلا يكون صرفًا، وإن وقع الصلح على عشرة دراهم، فإن قبض المشترى الدراهم قبل أن يتفرقا، فالصلح جائز، وإن لم يقبض حتى تفرقا، يبطل الصلح؛ لأن الصلح وقع على خلاف جنس الحق، فيعتبر صرفًا، فإن كانت الدراهم التى وقع عليها الصلح أكثر من حصة العيب، فالصلح جائز؛ لأن الصلح وقع عن حصة العيب عند الكل عند بعض المشايخ، وحصة العيب دينار، وشراء الدينار بدراهم أكثر من قيمة الدينار جائز، وعند بعض المشايخ الصلح وقع على الجزء الفائت، وشراء الجزء الفائت بالدراهم أكثر من قيمته يجوز.

١٣١٧٦- وإذا ادعى رجل على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير، وأنكر المدعى عليه ذلك، أو أقر، ثم صالحه المدعى عليه على خمسة دراهم من ذلك كله، فهذا جائز، سواء كان نقدًا أو نسيئة، وطريق الجواز أن يجعل المدعى مستوفيًا عين الدراهم التى ادعاها خمسة مبرئًا للمدعى عليه عن الخمسة الدراهم وعن العشرة الدنانير.

١٣١٧٧- وإذا اشترى الرجل قلب ذهب فيه عشرة مثاقيل بمائة درهم، وتقابض، واستهلك المشترى القلب أو لم يستهلكه حتى وجد به عيبًا قديمًا قد كان دلسه للبائع، فصالح البائع من ذلك على عشرة دراهم نسيئة، فهو جائز، وأراد بقوله: استهلك القلب أنه كسره، لا

حقيقة الاستهلاك بالإحراق، أو بالبيع؛ لأن ذلك يمنع الرجوع بنقصان العيب، وإنما جاز هذا الصلح لأنه وقع على حصة العيب من الثمن، وإنه دراهم، فيكون هذا صلحا عن جنس الحق، فيجوز، سواء كان بدل الصلح نقداً أو نسيئة، وإن صالحه على دنانير، فالصلح جائز، ويكون صرفًا؛ لأن الصلح وقع على خلاف جنس الحق، فيكون معاوضة، فيكون صرفًا.

١٣١٧٨- وإذا اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدنانير، وتقابضا، ثم وجد فى القلب هشما ينقصه، فصالحه من ذلك على قيراطى ذهب من الدينار على أن يزيده المشرى ربع حنطة [وفى بعض النسخ: ربع كر حنطة][1]، وكانت الحنطة بعينها، كان ذلك جائزًا، وطريق الجواز أن البائع بدل قيراطى ذهب من دينار بإزاء ربع كر حنطة، وبإزاء حصة العيب من الثمن، فإن كان حصة العيب من الثمن وقيمة ربع كر حنطة على السواء، انقسم القيراطان عليهما نصفان، فيكون أحد القيراطين حصة العيب من الثمن، والقيراط الآخر حصة الحنطة، وذلك جائز، فإن افترقا من غير قبض، لا يبطل الصلح، أما حصة الحنطة فلأن الافتراق فيها حصل عن عين بدين، وأما حصة العيب فلأن الصلح فيها وقع على جنس الحق [والصلح إذا وقع على جنس الحق][2] لا يبطل بالافتراق قبل القبض، فإن تقابضا، ثم وجد بالحنطة عيبًا ردها بحصتها من القيراطين.

١٣١٧٩- وفى "المنتقى": إذا كان للرجل على رجل دراهم بخارية، واصطلحا منها على دراهم لا يعرف وزنها، قال: إنى أنظر إلى البخارية، فإن كان الغالب فيها النحاس فهو جائز [على القليل والكثير، وإن كان الغالب فيها الفضة لا يجوز الصلح إلا على مثل وزنها][3]، وإن صالح على أجل، لا يجوز من قِبَل أن هذا ليس على وجه الحط، ألا يرى لو كان عليه ألف درهم، فصالح منها على تسعمائة درهم بيضٍ، لا يجوز، ولو كان الدين بيضًا، فصالح على تسعمائة سود، جاز، وكان هذا حطًا، ولو صالحه على تسعمائة، ولم يشترط بيضًا، فأعطاه بيضًا، جاز، ذلك، قال أبو يوسف: إن كان السود أفضل لم يجز الصلح على السود أقل من وزن البيض، وإن كانا سواء جاز الصلح من أحدهما على الآخر بأقل من وزنه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل العاشر
فى بيع الإناء وزنًا فيزيد أو ينقص

١٣١٨٠- إذا اشترى سيفًا محلى فيه مائة درهم من الحلية بمائتى درهم، ثم علم أن فيه مائتى درهم، فهذا على وجهين: إما أن يعلم ذلك بعد ما تقابضا، وتفرقا، وفى هذا الوجه بطل العقد فى الكل؛ لأنه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد فى الحلية بالزيادة؛ لأن الزيادة بإزاء الحلية تكون صرفًا، ولم يوجد قبض بدله فى المجلس لما تفرقا، ولا وجه إلى تصحيحه فى جميع الحلية بمائتى درهم؛ لأنه يكون ربا، فبطل العقد فى الحلية ضرورة، وإذا بطل العقد فى الحلية بطل فى النصل؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

هذا إذا علم ذلك بعد ما تفرقا، فأما إذا علم بذلك قبل أن يتفرقا، فالمشترى بالخيار، إن شاء زاد فى الثمن مائة أخرى، وإن شاء فسخ العقد فى الكل، وإنما خير لأن المشترى إنما رضى بجميع السيف بمائتى درهم، فإذا آل الأمر إلى أن يلزمه مائة أخرى زيادة على المائتين، لايكون راضيًا، فيكون له الخيار، فإذا اختار أخذ السيف لزمه مائة أخرى؛ لأن الثمن وذلك مائتان انقسم من الابتداء على الحلية والنصل والجفن والحمائل نصفان؛ لأنهما شرطا فى البيع أن الحلية مائة، والمائة لاتكون إلا بمائة، فكأنهما قالا: على أن المائة بمائة، والمائة الأخرى بإزاء النصل والجفن والحمائل، فإذا صار بإزاء الحلية مائة، يحتاج إلى أن يزيد بحصتها مائة أخرى حتى يصير مشتريًا مائتين بمائتين، فلا يتمكن الربا، فيزيد مائة أخرى، ويقبض البائع الثمن مع الزيادة، ويقبض المشترى السيف؛ لأنها فى المجلس بعد، فيصح العقد.

فرق بين هذا، وبين ما إذا علما فى الابتداء أن وزن الحلية مائتى درهم، وقد تبايعا السيف بمائتى درهم، ثم أراد المشترى أن يزيد مائة أخرى قبل أن يفترقا، فإن العقد لا يجوز، والفرق أنهما إذا علما فى الابتداء أن الحلية مائتا درهم، وقد تبايعا بمائتى درهم، فقد أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنه لا بد وأن يكون بمقابلة النصل والجفن والحمائل شىء من الثمن، فيكون بمقابلة الحلية أقل من وزنها، وبيع الفضة بالفضة وأحدهما أقل وزنًا من الآخر لايجوز، فهو معنى قولنا: أوقعا العقد بصفة الفساد، والعاقدان إذا أوقعا العقد بصفة الفساد، لا يحتال إلى تصحيحه؛ لأنه لايمكن، فأما فى مسألتنا هذه ما أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنهما لم يعلما وقت العقد أن الحلية مائتى درهم، إنما علماها مائة درهم، فإذا تبايعا بمائتى درهم، فقد جعلا بمقابلة الحلية مائة درهم؛ لأن الفضة مستحقة بمثلها شرعًا، فكان بائع السيف قال للمشترى:

بعت منك حلية السيف وهى مائة بمائة، وبعت منك النصل والجفن والحمائل بمائة أخرى، ولو صرح بذلك لا يكون ذلك إيقاعًا للعقد بصفة الفساد، فيمكن تصحيحه بالزيادة [متى رضى المشترى بالزيادة.

١٣١٨١- وإذا اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بألف درهم][١]، فإذا فيه ألفَا درهم إن علم ذلك فى المجلس، فالمشترى يزيد ألفًا أخرى، إن شاء أخذ كل الإبريق، وإن لم يزد يبطل العقد فى نصف الإبريق، ويصح فى نصف الإبريق؛ لأن الفساد بسبب الافتراق قبل قبض بدل الصرف، وذلك بقدر النصف، فيفسد العقد بقدر النصف، ويصح بقدر[٢] النصف، إذ تصحيح العقد فى نصف القلب شائعًا ممكن، بخلاف مسألة السيف؛ لأن تصحيح العقد فى نصف الحلية شائعًا غير ممكن؛ لأن بيع نصف الحلية شائعًا لا يجوز؛ لأن الحلية بمنزلة الوصف، وبيع بعض الأوصاف لا يجوز، فلا يمكن تصحيح البيع فى نصف الحلية، ولا يمكن تصحيح البيع فى الكل بالزيادة بعد الافتراق عن المجلس لما قلنا، فتعين جهة البطلان فى الكل، أما فى القلب فبخلافه على ما بينا.

١٣١٨٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم، فوجد فيه خمسة عشر قبل أن يفترقا، أو بعد ما افترقا، فالقياس أن يكون القلب كله للمشترى بذلك الثمن، ولكن أدع القياس فى الذهب والفضة، ويكون للمشترى فيه الخيار، إن شاء أخذ ثلثاه بالدينار، وكان للبائع ثلث القلب، وإن شاء رده، قال: وهذ قبل الفرقة وبعده سواء، من قبل أن الزيادة لم تقع عليها البيع، وإنما كان للمشترى الخيار؛ لأن القلب لم يسلم له، وهذا خلاف جواب الأصل، ولو كان اشترى القلب بعشرة دراهم على أن فيه عشرة دراهم، وتقابضا، وتفرقا، أو لم يتفرقا، فوجد فيه خمسة عشر، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذ ثلثه بعشرة، وإن شاء رد، فإن قال: أنا أزيد خمسة، واسم القلب لم يكن له ذلك إن كانا قد تفرقا، وإن كان لم يتفرقا، فله ذلك يزيد خمسة، ويأخذ كله، وإن شاء أخذ ثلثه بعشرة.

١٣١٨٣- ولو اشترى إناء فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم، وتقابضا وتفرقا، فوجد فيه تسعة دراهم، فهو بالخيار، إن شاء رده، وإن شاء أمسكه، ورجع بحصة النقصان من الدينار، وإن كان اشتراه بدراهم، فإن شاء رده، ورجع بدراهمه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و "ظ": تقدير.

١٣١٨٤ - وإذا اشترى نقرة فضة على أنها ألف درهم بألف درهم، فإذا هى ألفًا درهم إن علم ذلك قبل أن يفترقا عن المجلس، فالمشترى يزيد ألف درهم إن شاء، ويجوز العقد فى الكل؛ لأنهما ما أوقعا العقد بجهة الفساد، والتصحيح فى الكل ممكن بإثبات الزيادة ما داما فى مجلس العقد، فإن لم يزد المشترى ألفًا أخرى، يصح العقد فى نصف الفضة، ويبطل فى النصف، كما فى مسألة الإبريق، إلا أن فى مسألة الإبريق[1] يخير المشترى، وههنا لا يتخير؛ لأن الشركة فى النقرة، ولاينقصها التبعيض، ولا يضرها، لا يعد عيبًا، والشركة فى القلب والتبعيض ينقصه ويضره، ويعد عيبًا، فأثبتنا الخيار للمشترى فى القلب، ولم نثبت فى النقرة لهذا، وإن علم ذلك بعد ما تفرقا عن المجلس، يجوز العقد فى نصف الإبريق؛ لأن تصحيح العقد فى النصف ممكن فى النقرة؛ لأن بيع نصف النقرة شائعًا جائز، كبيع نصف الإبريق، إلا أن فى الإبريق يتخير المشترى، وفى النقرة لا.

هذا إذا حصل الشراء بالجنس، فأما إذا حصل بخلاف الجنس، بأن اشترى سيفًا محلى على أن حليته درهم بعشرة دنانير، أو اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بمائة دينار، فإذا فيه ألفان، أو اشترى نقرة فضة على أنها ألف درهم بمائة دينار، فإذا فيه ألفان، فالعقد جائز فى المسائل كلها؛ لأن الجنس مختلف، وإذا جاز العقد فالزيادة على المسمى من الوزن فى مسألة النقرة لا يسلم للمشترى من غير شىء، وهذا لأن الوزن فيما يضره التبعيض جار مجرى الوصف؛ لأن تميز البعض عن البعض يوجب نقصانًا فى الباقى، فكان بمنزلة الوصف من هذا الوجه، وزيادة الوصف على المسمى يجوز أن يسلم للمشترى بغير شىء، كما لو اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع، فإذا هو أحد عشرة ذراعًا، فالذراع الحادى عشر يسلم للمشترى بغير شىء، فأما الوزن فيما لا يضره التبعيض أصل من كل وجه؛ لأن تمييز البعض عن البعض لا يوجب نقصانًا فى الباقى، فيعتبر أصلا من كل وجه، والزيادة على المسمى فيما هو أصل من كل وجه لا يسلم للمشترى بغير شىء، كما لو باع من آخر صبرة حنطة على أنها عشرة أكرار، فإذا هى أحد عشر كرًا، فالكر الحادى عشر لا يسلم للمشترى؛ لما كان كل كر أصلا بنفسه، كذا ههنا.

وفى "نوادر هشام": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى سيفًا محلى بفضة بمائة وخمسين درهمًا على أن حلية السيف مائة درهم، فإذا حلية السيف خمسون درهم، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذه بمائة درهم؛ لأنه حين اشتراه بمائة درهم وخمسين على أن الحلية مائة، فقد اشترى الفضة بمائة، وبقية السيف بخمسين -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) وفى "ف": القلب مكان الإبريق.

الفصل الحادى عشر
فى بيع السيوف المحلاة، وفى بيع الحلى الذى فيه اللآلئ والجواهر وأشباه ذلك، وفى بيع المموهات ما يجوز منه وما لا يجوز

١٣١٨٥- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا باع الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بدراهم، فالمسألة على أربعة أوجه: الأول: أن تكون الدراهم التى هى من الثمن أكثر من الفضة التى هى فى السيف، وفى هذا الوجه البيع جائز، ويجعل بمقابلة الفضة التى فى السيف من الدراهم التى هى ثمن مثلها، والباقى يكون بإزاء النصل والجفن والحمائل.

الوجه الثانى: أن تكون الدراهم التى هى الثمن مثل الفضة التى فى السيف، وفى هذا الوجه لا يجوز البيع؛ لأنه يبقى النصل والجفن خاليًا عن العوض، فيكون ربا.

الوجه الثالث: أن تكون الدراهم التى هى ثمن أقل من الفضة التى فى السيف، وفى هذا الوجه لا يجوز البيع أصلا؛ لأنه يبقى الجفن والنصل وبعض الفضة خاليًا عن الثمن.

الوجه الرابع: أن لا يدرى أن الدراهم التى هى ثمن مثل الحلية أو أقل، أو أكثر، وفى هذا الوجه لا يجوز البيع؛ لأنه يجوز من وجه واحد، وهو ما إذا كانت الدراهم التى هى ثمن أكثر من الفضة التى هى فى السيف، ولا يجوز من وجهين: وهو أن تكون الدراهم التى هى ثمن مثل الحلية، أو أقل، ولو جاز من وجه واحد، وفسد من وجه، يحكم بالفساد بطريق الاحتياط، فههنا أولى، وإن لم يعلم مقدار الدراهم وقت البيع، ثم علم بعد ذلك، وكانت أكثر من الفضة التى فى السيف، فإن علم وهما فى مجلس العقد بعد جاز البيع، وإن علم بعد ما افترقا عن المجلس لم يجز البيع، فالأصل أن فى كل موضع اعتبرت المماثلة بين البدلين فى المعيار الشرعى شرطا لجواز العقد بغير المماثلة فى المعيار وقت العقد.

ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى هذا الأصل فى شرح كتاب البيوع فى آخر الباب الأول؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة شرعًا فى حق الأحكام المتعلقة بالمجلس، فيجعل العلم بمقدار الدراهم فى آخر المجلس، كالعلم به وقت مباشرة العقد، وعلى هذا إذا بيع صبرة بصبرة مجازفة، ثم كيلا بعد الافتراق عن المجلس، وكانا متساويين كيلا، لم يجز، وطريقه ما قلنا.

قال "القدورى": وكذلك لو اختلف أهل العلم به، فقال بعضهم الثمن أكثر من الفضة

التى فى السيف، وقال بعضهم : لا، بل هو مثلها، لا يجوز البيع ؛ لأن الرجوع إلى قول البعض ليس بأولى، فيسقط اعتبار قولهم لمكان التناقض، والتحق قولهم بالعدم، وقبل قولهم كنا لا نحكم بجواز البيع، كذا ههنا.

١٣١٨٦- وإذا باع الرجل من آخر حلى ذهب فيه لؤلؤا أو جوهر بدنانير، وقبض المشترى الحلى، فهذا على أربعة أوجه : أحدها : أن تكون الدنانير مثل الذهب الذى فى الحلى.

الوجه الثانى : أن تكون الدنانير أقل من الذهب الذى فى الحلى، الوجه الثالث : إذا كان لا يدرى أن الدنانير التى هى ثمن مثل الذهب الذى فى الحلى، أو أقل، أو أكثر، وفى هذه الوجوه الثلاثة لا يجوز البيع أصلا، لا فى الذهب، ولا فى الجواهر، سواء أمكن تخليص الجواهر من غير ضرر، أو لم يمكن، أما فى الذهب فظاهر، وأما فى الجواهر إما إن أمكن تخليص الجواهر من غير ضرر فلأن الجواهر فى هذه الصورة كالممتاز حكمًا، وإن كان متصلا حقيقة، ألا يرى من غصب جوهرًا، وركبه فى حليه، وأمكن تخليصه من غير ضرر، لا ينقطع حق المالك، كأنه ممتاز حقيقة، ولو كان الجوهر ممتازًا حقيقة، وقد اشتراهما جميعًا بدنانير، والدنانير مثل الذهب، أو أقل، أو لا يدرى، لم يجز البيع فى الجوهر، وإن أمكن تخليص الجوهر عنه من غير ضرر، فلأن لا يجوز البيع فى الجواهر إذا لم يمكن تخليصه إلا بضرر، وقد يمكن فى الجوهر بسبب فساد آخر، وهو أنه باع ما لا يقدر على تسليمه إلا بضرر أولى، وأما إذا كانت الدنانير التى هى ثمن أكثر من الذهب الذى فى الحلى من الذهب، فالبيع جائز فى الكل فى الذهب وفى الجوهر، فينصرف إلى الذهب الذى فى الحلى من الذهب الذى هو ثمن قدر مثله، والباقى بإزاء الجوهر الذهب واللآلئ، فبعد ذلك المسألة على ثلاثة أوجه أن نقد الدنانير التى هى ثمن كلها قبل أن يفترقا، فالعقد ماضٍ على الصحة، أما فى حصة الذهب الذى فى الحلى، فلأنه صرف، وقد وجد التقابض قبل الافتراق، وأما فى حصة الجوهر، فلأنه بيع، وقد قبض ثمنه قبل الافتراق [ولو لم يقبض ثمنه قبل الافتراق][(١)] لكان لا يفسد العقد لحصول الافتراق فيه عن عين بدين، فههنا أولى، وكذلك إن نقد من الدنانير التى هى ثمن حصة الذهب الذى هو فى الحلى يريد به أنه نقد من الدنانير التى هى ثمن قدر حصة الذهب الذى هو فى الحلى، ولكن لم ينص على أنه حصة الذهب، فالعقد ماض على الصحة فى الكل ؛ لأن المنقود يجعل حصة الذهب، وإن لم ينص على أنه حصة الذهب ؛ لأن قبض حصة الذهب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

مستحق فى المجلس شرعًا، وقبض حصة اللآلئ والجواهر ليس بمستحق فى المجلس وغير المستحق لا يعارض المستحق، فجعلنا المنقود حصة الذهب، فتبين أن الافتراق فيما هو صرف حصل بعد القبض، فلهذا بقى العقد على الصحة، وإن لم ينقد شيئًا من الدنانير حتى تفرقا، لا شك أن العقد فيما يخص الحلى من الذهب يفسد، وفيما يخص الجوهر هل يفسد ينظر إن كان الجوهر بحيث لا يمكن تخليصه إلا بضرر يفسد؛ لأن العقد فى حصة الجوهر بيع، فقد باع ما لا يمكنه التسليم، فكل بيع هذا حاله، يكون فاسدًا، عرف ذلك فى موضعه.

فإن قيل: أمكنه التسليم من غير ضرر، بأن يخلى بين المشترى وبين الحلى كله، فيصير قابضًا الجوهر، ألا ترى أنه لو باع نصف الجوهر شائعًا يجوز، وطريق الجواز أن تسليم المبيع ممكن من غير ضرر، بأن يخلى بين المشترى وبين جميع الجوهر؟

قلنا: العقد إذا ورد على الشائع، فالواجب تسليم المبيع مع غيره؛ لأن تسليمه لا يمكن؛ لأن الشائع ما يكون مختلطًا بغيره، فإذا ورد على شيء بعينه يجب تسليمه بنفسه، ولا يمكن تسليم الجوهر ههنا بنفسه إلا بضرر.

فإن قيل: البائع رضى بضرر التخليص إذا باع علمه أن البيع يقتضى التسليم، ولا يمكنه التسليم إلا بالتخليص؟

قلنا: رضى بضرر التخليص، إلا أنه بدا له الرجوع عن هذا الضرر، وله ذلك، ألا يرى أن من رضى بإتلاف شيء له من ماله، ثم بدا له قبل الإتلاف أن لايتلف عليه ذلك، كان له ذلك، كذا ههنا، وأما إذا أمكن تخليصه من غير ضرر، لا يفسد العقد فى الجوهر؛ لأنه إذا أمكن تخليصه، فهو كالممتاز من حيث الحكم، ولو كان ممتازًا حقيقة، وقد اشتراهما بدينار، فإن العقد يفسد فى حصة [الذهب، ولا يفسد فى حصة الجوهر، كذا ههنا هذا إذا باع الحلى بدنانير نقدًا، وأما إذا باع الحلى بدنانير نسيئة، فهو على أربعة أوجه: إن كان المسمى][1] من الدنانير مثل الذهب التى فى الحلى، أو أقل منه، أو كان لا يدرى ذلك، فالبيع فاسد فى هذه الوجوه الثلاث [فى الحلى وفى الجواهر؛ لأن الدنانير لو كانت نقدًا لا يجوز البيع فى الوجوه الثلاث][2] لمكان ربا الفضل، فلأن لا يجوز البيع فى هذه الوجوه إذا كانت الدنانير نسيئة، وقد اجتمع فى ربا الفضل ربا النسيئة كان أولى، فأما إذا كانت الدنانير أكثر من الذهب الذى فى الحلى، لا شك أن العقد يفسد فيما يخص الحلى من الذهب؛ لأنه صرف لم يوجد قبض بدله

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فى المجلس، فأما فيما يخص الجوهر هل يجوز البيع، ينظر إن لم يكن تخليصه إلا بضرر يفسد البيع فى حصة الجوهر؛ لأن ثمن الجوهر لو كان نقداً، وباقى المسألة بحالها، لا يجوز البيع فى حصة الجوهر، فإذا كان نسيئة أولى، وإن أمكن تخليصه من غير ضرر، يجب أن تكون المسألة على الخلاف، على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يجوز البيع فى الجوهر؛ لأن العقد على الذهب كان ربا؛ لأن ربا نسأ يحرم بأحد وصفى علة ربا النقد، فبمجموعهما أولى، وإذا فسد البيع على الذهب بسبب الربا، فسد فى الجوهر؛ لأن الربا صار مشروطًا فيه حكمًا ومعنًى؛ لاتحاد الصفقة، فهو نظير ما لو أسلم كر حنطة فى كر شعير وزيت، فالعقد يفسد فى الزيت عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن العقد فسد فى الشعير لمكان الربا، وصار مشروطًا فى الزيت معنى لاتحاد الصفقة، وعندهما العقد فى مسألة السلم لا يفسد فى حصة الزيت، فكذا فى هذه المسألة لا يفسد العقد فى حصة الجوهر.

١٣١٨٧- قال هشام: قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا باع حلية السيف دون السيف لم يجز، إذا أن يبيعه على أن يقلعه المشترى، فقلعه قبل أن يتفرقا، وإن باعه، ولم يقل: على أن يقلعه، ثم قال البائع قبل أن يتفرقا: قد أذنت لك فى قلعه، قال إن قلعه قبل أن يتفرقا جاز، وإن افترقا قبل أن يقلعه، فهو باطل، قال هشام: قلت لأبى يوسف رحمه الله تعالى: وإن كان المشترى قد قبض الثمن؟ قال: وإن [كان][1]؛ لأنه لا يكون قابضًا لحليته حتى يقلعها من السيف، قلت لأبى يوسف: أرأيت إن باعه السيف على أن فيه مائة درهم بمائة وخمسين درهمًا، فقال البائع: فيه كما شرطت، وقال المشترى: فيه خمسون، فالقول قول البائع، قال أبو الفضل: وهذا الجواب فى مسائل السيف على التصادق، أو يجىء شىء من ذلك شىء يحيط العلم بأنه لا يكون فيه.

١٣١٨٨- وفى "القدورى": إذا باع السيف المحلى بثمن مؤجل، فنقد المشترى قدر حصة الحلية من الثمن، جاز استحسانًا، وإن لم ينص أن المنقود من حصة الحلية، وقد مر جنس هذا، وكذلك إذا قال: هذا المنقود من ثمنها كان من حصة الحلية خاصة، ويكون معنى قوله من ثمنها من جملة الثمن، وحصة الحلية من جملة الثمن، ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة، فسد العقد؛ لأنه بين واتضح[2]، فلا يمكن حمله على وجه آخر، ولو قال: هذا الذى عجلت من ثمن السيف، كان المعجل من ثمن الحلية؛ لأن السيف اسم للجملة، ألا

---

(١) ما بين المعقوفين أثبت من العالمكيرية نقلا عن "المحيط".

(٢) وفى "ظ": وأفصح.

يرى أن الحلية تدخل فى بيع السيف بطريق البيع، وإذا كان السيف المحلى بالفضة بين رجلين، فباع أحدهما نصيبه من السيف من صاحبه يجوز؛ لأنه لو باعه من أجنبى يجوز، فكذا من شريكه، إلا أن الشريك إن لم يجدد القبض حتى افترقا، بطل العقد؛ لأن يد كل واحد منهما فى نصيب صاحبه يد أمانة، ويد الأمانة لا تنوب عن قبض الشراء.

وإذا اشترى من آخر سيفًا محلى بفضة فيه خمسون درهمًا، وقيمة السيف وحمائله وجفنه خمسون درهمًا، اشتراه بمائة درهم، وقبض السيف، ونقد الخمسين، ولم ينقد الخمسين حتى افترقا، فهو جائز؛ لأن المنقود يصرف إلى الحلية احتيالا لبقاء العقد على الصحة، وهذا لأن الظاهر من حال العاقد العاقل الدين إنما ينقد عن حصة الحلية حتى لا يبطل شيء من العقد بسبب الافتراق، ولم يعارض هذا الظاهر شيء آخر؛ لأنه ليس فى اعتباره تفويت مقصوده، بل فيه تحصيل مقصوده، وهذا بخلاف ما لو اشترى سيفًا محلى فيه خمسون درهمًا بسيف محلى فيه خمسون درهمًا، وتفرقا من غير قبض [فإنه يبطل العقد، ولا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس حتى يبقى العقد جائزًا متى افترقا من غير قبض](١)؛ لأن الاحتيال لتصحيح العقد غير ممكن هناك؛ لأن ظاهر حالهما إن كان يوجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس حتى يبقى العقد على الصحة، فقد عارض هذا العارض ظاهر آخر يوجب صرف الجنس إلى الجنس حتى يتقابضا فى المجلس، فيتعجل مقصود كل واحد منهما بالعقد، وإذا تعارضا تعذر الاحتيال لبقاء العقد جائزًا، فيبطل ضرورة.

١٣١٨٩ - وإذا اشترى سيفًا مموهًا بفضة، أو لجامًا مموهًا بفضة بدراهم أقل مما فيه، أو أكثر يجوز، فرق بين هذا وبين ما إذا باع سيفًا محلى بفضة بدراهم، حيث لا يجوز ما لم تكن الدراهم التى هى ثمن أكثر من الفضة التى فى الحلية، واعلم بأن المموه المطلى بماء الذهب أو الفضة، والمذهب ما جعل فيه عين الذهب، والمفضض ما جعل فيه عين الفضة، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الفضة بالتمويه تصير مستهلكة، وكذلك الذهب بالتمويه يصير مستهلكًا، ألا يرى أن بعد التمويه لا يمكن تميزه، وإذا صار مستهلكًا صار ملحقًا بالعدم، ولو انعدمت كان البيع جائزًا على كل حال؛ لأنه صار بائعًا جديدًا بدراهم، كذا ههنا، فأما الحلية لم تصر مستهلكة، بل هى قائمة حقيقة، ألا يرى أنه يمكن تميزها، وإذا لم تصر مستهلكة صار بائعًا جديدًا وفضة بدراهم، فلا يجوز البيع ما لم تكن الدراهم أكثر، كذا ههنا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والفرق الثانى : إن قلنا : إن الفضة بالتمويه لا تصير مستهلكة إلا أنها خرجت عن حد الوزن؛ لأنه لا يمكن وزنها، لا فى الحال، ولا فى الثانى؛ لأنها لا تخلص، وإذا لم تبق موزونة لم يبقَ مال الربا، كحبة من الحنطة لا يكون مال الربا؛ لأنها ليست بمكيلة، كذا هنا، فأما الحلية لم تخرج من أن تكون موزونة؛ لأنه يمكن معرفتها بالوزن فى الثانى؛ لأنها مما يتخلص، إلا أنه زال عنها صفة الوزن فى الحال بعارض يتوهم زواله، وما زال من الصفات إذا كان بحال يتوهم عوده، لا يعتبر زائلا حكمًا، فبقيت الحلية موزونة كما كانت، وإذا بقيت موزونة، فهذا موزون بيع بجنسه، فلا يجوز إلا متساويًا -والله أعلم-.

فإن قيل : الفضة منصوص عليها، والحكم فى المنصوص عليه يثبت بالنص، لا بالعلة؟

قلنا : بلى الحكم فى المنصوص عليه يثبت بالنص، لكن يجب النظر فى أن المنصوص عليه ماذا، فنقول : المنصوص عليه فضة موزونة، وحنطة مكيلة، قال عليه الصلاة والسلام : «الفضة بالفضة مثل بمثل وزن بوزن والحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل» معناه بيع الفضة بالفضة [مشروع متماثلا فى الوزن، وبيع الحنطة بالحنطة مشروع متماثلا فى الكيل، وإنما يتحقق بيع الفضة بالفضة متماثلا وزنًا فيما يتأتى فيه الوزن، وكذلك بيع الحنطة بالحنطة إنما يتحقق][1] متماثلا كيلا فيما يتأتى فيه الكيل، وإذا ثبت أن المراد الفضة الموزونة، والحنطة المكيلة بالحنطة المكيلة [صار تقدير الحديث بيع الفضة الموزونة بالفضة الموزونة مشروع متماثلا، وبيع الحنطة المكيلة بالحنطة المكيلة][2] مشروع متماثلا، ولو صرح بهذا كان الداخل تحت النص الموزون والمكيل، لا غير الموزون والمكيل، وما لا يدخل تحت النص، فالحكم يثبت فيه بالعلة، لا بالنص والعلة، وهى الوزن لم يوجد، ولكن الفرق الأول أصح بدليل أن محمدًا قال : لو باع بدراهم إلى أجل، كان جائزًا، ولو بقيت الفضة بعد التمويه، ولكنها خرجت عن حد الوزن، لكان لا يجوز إذا كان الثمن مؤجلا؛ لأن الجنس بانفراده يحرم نسأ، وحيث جوز البيع بالنسيئة علم أنه جعل الذهب بالتمويه مستهلكًا، وألحقه بالعدم، ولو انعدم كان هذا بيع النحاس، وبيع الحديد بدراهم، فيجوز كيف ما كان.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

الفصل الثانى عشر
فى الوكالة فى الصرف

١٣١٩٠- وإذا وكل الرجل رجلين بدراهم أن يصرفا بها، فليس لأحدهما أن يصرف دون الآخر؛ لأن عقد الصرف أمر يحتاج إلى رأى، وقد فوض ذلك إلى رأيهما، ورأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين، فإن عقدا جميعًا، ثم ذهب أحدهما قبل القبض، بطل حصة الذاهب، وهو النصف، وبقى حصة الباقى، وهو النصف، وهذا لأن القبض من حقوق العقد، والوكيل فى حقوق العقد كالمالك، ولو كانا مالكين، فعقدا عقد الصرف، ثم ذهب أحدهما قبل القبض، بطل حصة الذاهب، وبقى حصة الباقى، كذا ههنا، فقد جوز قبض أحدهما، وإن كانا وكيلين بالقبض.

وفرق بين هذا وبين الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون الآخر، حيث لايجوز، والفرق أن الوكيل بالقبض يقبض بحكم الآمر، ألا يرى أن المالك لو عزله عن القبض صح عزله، والمالك إنما رضى بقبضهما وأمانتهما، فلا يكون راضيًا بقبض أحدهما، فأما الوكيل فى باب الصرف إنما يقبض بحق الملك، ألا ترى أنه لو عزله المالك عن القبض، لايعمل عزله، فإذا قبضه بحق الملك، كان الوكيلان بالصرف فى حق القبض كالمالكين، ولو كانا مالكين، فذهب أحدهما، وقبض الآخر، جاز، كذا ههنا، وإن ذهب الوكيلان عن مجلس الصرف، كل واحد منهما إلى ناحية أخرى، فقبض رب المال لا يجوز، لما ذكرنا أن الوكيلين فى حق حكم القبض بمنزلة المالكين، ولو كانا مالكين، فذهبا عن مجلس العقد، كل واحد منهما إلى ناحية، ووكلا رجلا بالقبض، فقبض لم يجز، كذا هذا.

١٣١٩١- وإذا وكل الرجل رجلا بدراهم يصرفها له بدنانير، فصرفها الوكيل، وتقابضا، وأقرّ المشترى الدراهم باستيفاء الدراهم، ثم جاء مشترى الدراهم بدرهم زيف، وقال: وجدتها فى تلك الدراهم، فقبله الوكيل، وأقر أنه من تلك الدراهم، لزم الوكيل دون الموكل؛ لأن الرد على الوكيل حصل بإقراره، فإنه لو لا إقراره أن هذا من تلك الدراهم، وإلا لما تمكن مشترى الدراهم من رده لما أقر بالاستيفاء، والرد بالعيب على الوكيل إذا كان بإقرار الوكيل، لا يلزم المردود الموكل، كما فى بيع العين.

قال: ولو جحد الوكيل أن هذه الدراهم من تلك الدراهم، فأقام مشترى الدراهم بينة أن

هذا من تلك الدراهم، ولم يكن أقر مشترى الدراهم بالاستيفاء، فالقاضى يقبل بينته، ويرد الدراهم على الوكيل، ويلزم الأمر، فمن المشايخ من قال ماذكر فى الكتاب: إن القاضى يقبل بينة مشترى الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم إذا لم يقر بالاستيفاء خطأ؛ لأن فى هذه الصورة القول قول مشترى الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم استحسانًا، كما فى مسألة السلم إذا جاء المسلم إليه بدرهم زيف، وقال: وجدت هذا فى رأس المال، ولم يكن أقر بالاستيفاء، كان القول قوله استحسانًا، فكذا هذا، وإذا كان القول قوله: لم تكن هذه الصورة موضع إقامة البينة، والبينة فى غير موضعها كيف يسمع، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسى، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهرزاده صحح ما ذكر محمد فى الكتاب، فقال: بلى القول قول مشترى الدراهم فى هذه الصورة استحسانًا، ولكن مع اليمين، فهو بهذه البينة أسقط اليمين عن نفسه، والبينة لإسقاط اليمين مقبولة، ألا يرى أن المودع إذا أقام البينة على الرد، أو الهلاك قبلت بينته مع أن القول فى الرد والهلاك قوله، إنما قبلت لإسقاط اليمين عن نفسه، كذا ههنا.

وكان الإمام الزاهد عبد الله الخيزاخزى يقول: ليس فى الكتاب أن مشترى الدراهم يكلف إقامة البينة، وإنما فيه أنه إذا أقام البينة، قبلت بينته، ولعله أقام البينة لدفع اليمين عن نفسه، فكان كالمودع، قال: وكذلك إن استحلف الوكيل على ذلك، ونكل، ورد عليه بنكوله، لزم الموكل، هكذا ذكر محمد، بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب خطأ أيضًا: لأنه لا يمين على الوكيل فى هذه الصورة، وإنما اليمين على مشترى الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم؛ لأن الشرع جعل القول قول مشترى الدراهم فى هذه الصورة، ومن جعل القول قوله شرعًا، يتوجه عليه اليمين، فإنما يرد إذا حلف على ذلك، أما أن يحلف الوكيل فلا، وإنما الصحيح من الجواب أن يحلف مشترى الدراهم، ويرد على الوكيل، ويكون ذلك ردًا على الآمر؛ لأنه رد على الوكيل بغير اختياره بما هو حجة به فى حق الآمر، فيظهر ذلك فى حق الأمر، قلنا: ما ذكر من الجواب صحيح، ولكن على طريق القياس، لا على طريق الاستحسان؛ لأن على طريق الاستحسان لا يمين على الوكيل وعلى طريق القياس على الوكيل اليمين، فالقول قول الوكيل مع يمينه، كما فى بيع العين، فكان ما ذكر من استحلاف الوكيل، ونكوله ذكر على طريق القياس -والله أعلم-.

١٣١٩٢- وإذا وكل الرجل رجلا بدراهم يصرفها له بدنانير، فصرفها، وتقابضا، فليس للوكيل أن يتصرف بعد ذلك فى الدنانير بشىء؛ لأن الدنانير ملك الموكل؛ لأنها ثمن

دراهمه، ولم يأذن الموكل للوكيل بالتصرف فيها، وإذا وكل الرجل رجلا بأن يشترى إبريق فضة بدراهم، فاشتراه بدراهم أو بدنانير، أو وكله بأن يشترى له إبريق فضة بعينه بدراهم، فاشتراه بدراهم، كما أمره، ونوى أن يكون المشترى لنفسه، كان المشترى للآمر، ولو اشتراه بدنانير، أو عرض، كان المشترى للوكيل، ولو كان وكله بأن يشترى إبريق فضة بعينه ولم يسمّ الثمن فاشتراه بدراهم أو دنانير، فالمشترى للوكيل، ولو اشتراه بعرض أو بشىء آخر من المكيل أو الموزون، فالمشترى للوكيل، وهذا لأن مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بالنقد، فكأنه صرح به، وهناك إذا اشتراه بالدراهم أو الدنانير، كان المشترى للموكل، ولو اشتراه بشىء من الموكل، أو الموزون، كان المشترى للوكيل، كذا ههنا، ولو وكله بفضة له بيعها، ولم يسم له الثمن، فباعها بفضة أكثر منها، لم يجز، كما لو باعها الموكل بنفسه، ولا يضمن الوكيل؛ لأنه موافق أمر آمره؛ لأن التوكيل بالبيع مطلقًا ينصرف إلى البيع الجائز والفاسد جميعًا، قال: والذى وكل أحق بهذه الفضة من الوكيل، يريد به الفضة التى قبضها الوكيل من مشترى الإبريق؛ لأن الفضة التى قبضها الوكيل ملك الموكل؛ لأنه بدل ملكه، إذ البيع قد نفذ على الموكل على ما ذكرنا، قال: إلا أنه يأخذ من الوكيل مثل وزن فضته، وإن كان الكل ملكًا؛ لأنه لو أخذ زيادة على ذلك، يلزمه أن يرده ثانيًا على الوكيل، حتى يرده الوكيل على المشترى، فلا يفيد أخذ الزيادة، والشرع لا يرد بما لا يفيد.

قالوا: تأويل ما قال محمد: أن الموكل أحق بالفضة التى قبضها الوكيل أن الموكل إذا كان بحال لا يقدر على أخذ فضته بعينها، بأن غاب قابضها، أو كان حاضرًا، وقد استهلكها، فمتى كانت الحالة هذه كان له أن يأخذ مما فى يد الموكل مثل فضته؛ لأن فضته صارت دينًا على القابض، وقد ظفر بجنس حقه من مال القابض، وكان له أن يأخذ ذلك؛ فأما إذا كان قادرا على أخذ فضته بعينها، فإنه أخذ ذلك حتى يزول المعصية، ولا يأخذ ما فى يد الوكيل؛ لأن فيه تقرير الفساد، وسبيل الفساد رفعه لا تقريره، وإذا وكل الرجل رجلا يبيع له تراب الصواغين، أو تراب المعادن، كان جائزًا؛ لأن الموكل يملك بيع ذلك بنفسه [فيملك التوكيل به، فإن باعه بذهب، أو فضة، لم يجز، كما لو باع ذلك الموكل بنفسه][(١)]، وهذا لأن الشراء إنما يقع على ما فى التراب من الذهب أو الفضة، لا على نفس التراب، فإذا لم يعلم أن فى التراب شىء من ذلك، لم يكن محل البيع موجودًا بيقين، فلا يمكن القول بجوازه، وإن علم أن فى التراب فضة هى مثل الفضة التى هى ثمن، أو ذهب هو مثل الذهب الذى هو ثمن، ورضى به

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المشترى، فإن علم بذلك فى مجلس العقد، فهو جائز [وللمشترى الخيار ليكشف الحال، فهو كمن اشترى شيئًا لم يرَه، ثم رآه، فإن رده بغير حكم جاز][1] على الآمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية، وإن علما به بعد ما تفرقا، لا يجوز البيع، وإن باعه بعرض، وقد علم أن فى التراب ذهب، أو فضة، أو ذهب وفضة، جاز البيع على قول أبى حنيفة، خلافًا لهما؛ لأنه وكله بالبيع مطلقًا، والوكيل بالبيع مطلقًا يملك البيه بأى ثمن كان عند أبى حنيفة، وعندهما لايملك البيع إلا بالنقد، وإن لم يعلم أن فيه أحدهما، أو كلاهما، فباعه بالعرض، جاز عند الكل، أما عند أبى حنيفة: فظاهر، وأما عندهما فلأن فى هذه الصورة وهو ما إذا لم يعلم أن فيه أحدهما أو كلاهما، لايجوز له البيع لا بالدراهم ولا بالدنانير، وإنما يجوز بيعه بالعرض [ومطلق التوكيل بالبيع ينصرف إلى الجائز والفاسد، فيصير البيع بالعرض][2] ههنا داخلا تحت التوكيل، ولو وكله بأن يزوجه بهذا التراب امرأة، وهو تراب معدن، أو تراب الصواغين، فزوجه امرأة، ينظر إن كان فيه عشرة دراهم أو أكثر، فلها ذلك، وإن كان أقل من عشرة دراهم يكمل لها عشرة، كما لو تزوج الموكل بنفسه، ولو وكله أن يبيع سيفًا محلا له، أو منطقة مفضضة له، فباعه بفضة هى أقل، فالبيع فاسد، وكذلك لو باعه بنفسه، فالبيع فاسد، وكذلك لو باعه بشرط، فالبيع فاسد، كما لو باع الموكل بنفسه، ولا ضمان على الوكيل؛ لو ضمن ضمن بسبب فساد العقد، ولا وجه إليه؛ لأن التوكيل بالبيع المطلق يتناول الجائز والفاسد جميعًا، ولو وكله بحلى ذهب فيه ياقوت، أو زبرجد، أو لؤلؤ يبيعه له، فباعه له بدراهم نقد، وتفرقا قبل القبض، بطل حصة الحلى؛ لأنه صرف، وبطل حصة اللؤلؤ والجوهر أيضًا إن كان لا يمكن تسليمه إلا بضرر، وإن أمكن تسليمه من غير ضرر، لا يبطل حصة اللؤلؤ والجوهر، ولو وكله أن يشترى له فلوسًا بدراهم، فاشتراها، وقبضها، وكسدت فى يد الوكيل قبل أن يدفعها إلى الموكل، فهى للذى وكله؛ لأن قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل من حيث إن الوكيل فى القبض عامل للموكل، ألا ترى أنه لو هلك فى يد الوكيل، كان بمنزلة ما لو هلك فى يد الموكل، فكأنها كسدت فى يد الموكل، ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل، فإن الوكيل بالخيار إن شاء أخذها، وإن شاء ردها، هكذا ذكر فى الكتاب.

قال شيخ الإسلام: هذا إنما يستقيم على طريقة القياس؛ لأن على طريقة القياس الكساد بمنزلة العيب، وتعيب المبيع قبل القبض يوجب الخيار للموكل، أما لا يستقيم على طريقة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الاستحسان؛ لأن على طريقة الاستحسان الكساد بمنزلة الهلاك، ولهذا ينتقض العقد بالكساد قبل القبض، والعقد إذا انتقض لا معنى لإثبات الخيار للموكل بعد ذلك.

١٣١٩٣- وإذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له طوق ذهب بعينه بألف درهم، ودفع إليه الألف، فاشترى الوكيل الطوق بألف درهم، ونقد الثمن، فقبل أن يقبض الوكيل الطوق كسرت رجل الطوق فى يد البائع، كان للوكيل الخيار، إن شاء أمضى البيع، واتبع الكاسر بقيمة الطوق مصوغًا من خلاف جنسه، وإن شاء فسخ العقد، ودفع إليه البائع إن شاء عين تلك الدراهم، وإن شاء مثلها، فإن أمضى الوكيل العقد، وأخذ من الكاسر قيمة الطوق، ليس للموكل أن يأخذ من الوكيل تلك القيمة، وإنما يأخذ من الوكيل مثل تلك الدراهم التى دفع إليه، وهذا لأن الوكيل بأخذ القيمة صار بائعًا الطوق من الكاسر؛ لأن ضمان الكسر يفيد الملك للكاسر فى المكسور، وله التضمين؛ لأن حق قبض الطوق كان له بحكم العقد، فيكون له قبض بدله، لكون البدل قائمًا مقام المبدل، فإذا صار بائعًا الطوق المكسور من الكاسر حكمًا بالتضمين يعتبر بما لو باعه منه حقيقةً، بأن أخذ المكسور فقبل أن يأخذه الموكل منه باعه من غيره، ولو كان هكذا كان بدل المكسور للوكيل، لا سبيل للموكل عليه؛ لأن بدل المسكور على هذا الاعتبار ملك الوكيل؛ لأن الوكيل متى رضى بعيب فاحش يصير المشترى مملوكًا له، إلا أن يشاء الموكل أن يأخذه كذلك، كان المشترى ملك الوكيل، فيكون البدل ملك الوكيل، فلايكون للموكل عليه سبيل، وإنما للموكل أن يأخذ من الوكيل مثل الدراهم التى دفعها إليه، فكذا إذا صار بائعًا المسكور من الكاسر حكمًا بأخذ القيمة.

١٣١٩٤- وإذا وكل الرجل رجلا بطوق ذهب يبيعه له، فباعه، وانتقد الثمن، وسلم الطوق إلى المشترى، فجاء المشترى بعد القبض، وقال: وجدت الطوق صفرًا مموهًا بالذهب، وأنكر الآمر، فالمسألة على وجهين: الأول: أن يجحد الوكيل ذلك، فأقام المشترى عليه البينة بذلك، أو لم يكن للمشترى بينة، فحلف الوكيل، فنكل، ورد القاضى الطوق عليه، وفى هذين الوجهين الطوق يلزم الموكل.

الوجه الثانى: أن يقر الوكيل، وفى هذا الوجه المسألة على وجهين أيضًا: إن رد عليه بغير قضاء، كان ذلك ردًا على الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل فى ذلك، وإن رد عليه بقضاء قاضٍ، لزم الوكيل أيضًا، ولكن للوكيل حق مخاصمة الموكل ههنا، والكلام فى هذا نظير الكلام فى الوكيل ببيع العبد إذا باع العبد، وانتقد الثمن، ثم طعن المشترى بعيب فى العبد، ورده على الوكيل، وهناك الجواب على التفصيل الذى ذكرنا فى مسألة الطوق، قال:

وأكره للمسلم أن يوكل ذميا أن يصرف له دراهم أو دنانير ؛ لأنه يستحل الربا له ، فعسى يوقعه فى الحرام ، مع هذا لو فعل جاز ؛ لأن الوكيل أهل لما وكل به ؛ لأن الأهلية بالمعرفة والتميز ، وقد وجد ، وإذا وكله بدراهم يصرفها ، فصرفها مع عبد [للموكل فهذا على وجهين : الأول : أن لا يكون على العبد دين ، وفى هذا الوجه لا يجوز صرف الوكيل مع العبد][١] كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه ، ولكن لا ضمان على الوكيل ؛ لأنه سلم الأمانة إلى عبد صاحب الأمانة ، فلا يضمن ، كالمودع إذا دفع الوديعة إلى عبد صاحب الوديعة ، وإن كان على العبد دين يجوز ، كما لو فعل المولى ذلك بنفسه ، ولكن لا يسلم الوكيل المبيع إلى العبد حتى يستوفى منه الثمن ، ألا ترى أن الموكل لو باع بنفسه ، كان له الحبس إلى أن يستوفى الثمن ، وإذا سلم يبطل حقه بالثمن ، فكذا فى الوكيل .

١٣١٩٥- وإذا وكل الرجل رجلا بدراهم يصرفها له ، فصرفها له ، فصرفها بدنانير هى أقل من قيمة الدراهم ، إن كان النقصان بحيث يتغابن الناس فى مثله ، يجوز ، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس فى مثله ، لا يجوز ، أما على قولهما : لأن الوكيل بالمصارفة إما أن يعتبر وكيلا بالبيع ، أو بالشراء ، وبأى ذلك اعتبرنا لا يتحمل منه الغبن الفاحش عندهما ، وأما على قول أبى حنيفة ، فلأن الوكيل بالمصارفة وكيل بالبيع من وجه ، وبالشراء من وجه ؛ لأن كل واحد من بدل الصرف ثمن من وجه ، مثمن من وجه ، فمن حيث إنه وكيل بالبيع إن كان يتحمل منه الغبن الفاحش [عند أبى حنيفة ، فمن حيث إنه وكيل بالشراء لا يتحمل منه الغبن الفاحش ، فلايتحمل منه الفاحش][٢] بالشك ، وإن صرفها مع شريك مفاوض للوكيل ، لا يجوز ، كما لو صرفها مع نفسه ، وهذا لأنه لهذا التصرف يثبت للوكيل ملك الرقبة ، والتصرف فى نصف الدراهم ؛ لأن الدراهم يصير مشتركًا بين الوكيل وبين شريكه المفاوض ، ويصير نصف الدراهم للوكيل رقبةً وتصرفًا ، ويثبت له ملك التصرف فى النصف الآخر الذى هو لشريكه ، وله فى التصرف فى نصيب شريكه منفعة ، فإنه يحصل له الربح ، فصار فى معنى المصارفة مع نفسه من هذا الوجه ، وهو لا يملك المصارفة مع نفسه ، وكذلك لو باعها من شريك مفاوض للآمر ، لايجوز ، كما لو باع الآمر بنفسه ، وهذا لأن هذا البيع لا يفيد ، إلا ما كان ثابتًا من قبل ؛ لأن الدراهم المبيعة كانت مشتركة بين الآمر ، وبين شريكه المفاوض ، والدنانير التى يقبضها الوكيل من المفاوض أيضًا مشتركة بينهما ، فهذا الصرف لا يفيد إلا ما كان ثابتًا ، فلا يحكم بجوازه ،

(١) هكذا فى جميع النسخ التى توجد لدينا .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

وإن صرفها مع شريكه الآمر فى الصرف غير مفاوض له يجوز، كما لو فعل الآمر ذلك بنفسه، وهذا لأن مصارفة الآمر مع شريكه له فى الصرف مفيد؛ لأن الشريك يستفيد بهذا التصرف ما لم يكن ثابتًا له، وهو التصرف فى هذه الدراهم، ويخرج به ما كان فى الشركة، وهو الدراهم، فكان هذا التصرف مفيدًا، فيجوز، وإذا كان يجوز هذا التصرف من الآمر، فكذا من وكيله وإذا وكله بألف درهم يصرفها وهما بالكوفة، ولم يسمّ له مكانًا، ففى أى ناحية من الكوفة صرفها، فهو جائز؛ لأنه لو صرفها فى بلدة أخرى يجوز، فهذا أولى، وإن خرج بها من الحيرة، وصرفها ثمه، فهو جائز، ولا ضمان على الوكيل، أما جواز البيع فلأن الأمر بالبيع مطلق، فلا يتقيد بمكان الأمر إلا بدليل مقيد، ولا دليل فيما لا حمل له ولا مؤنة؛ لأن قيمته لا تختلف باختلاف الأمكنة، ففى أى مكان صرفها كان ذلك بأمره، فيجوز، وأما لا ضمان على الوكيل، وإن سافر بها، والأمر بالبيع لا يقتضى الإذن بالمسافرة؛ لأن البيع ممكن من غير أن يسافر بها؛ لأنا نقول: الإذن بالمسافرة إن لم يثبت مقتضى الأمر بالبيع ثبت مقتضى الأمر بالحفظ؛ لأنه لما دفع الدراهم إليه ليصرفها، فقد أمره بحفظها، ولم يتقيد الأمر بالحفظ لمكان الآمر نصًا، ولم يتقيد به دلالة الحال للآمر، حتى لا يلزمه مؤنة الرد من غير تحصيل ما هو المقصود بالأمر عند الرد عليه، إذ ليس له حمل ومؤنة [فيقع الأمر بالحفظ عامًا، فكان له الحفظ بالأماكن كلها، وهذا إذا لم يكن لما وكل به حمل ومؤنة، وأما إذا كان له حمل ومؤنة][1] كالعبد والطعام وأشباه ذلك، فباعها فى بلد أخرى غير الكوفة إن لم ينقلها إلى ذلك البلد، جاز البيع قياسًا واستحسانًا، وإن نقلها إلى بلد آخر، وباع ذكر فى كتاب الصرف فى رواية أبى سليمان: أنه إذا نقل إلى مكة، واستأجر لذلك، فإن ضاع، أو سرق منه، فهو ضامن، وإن سلم حتى باع، أجزت البيع، ولم ألزم الأمر من الأجر شيئًا، وذكر فى رواية أبى حفص أجزت البيع إذا باعه بمثل ثمنه فى الموضع الذى أمره ببيعه، وذكر هذه المسألة فى كتاب الوكالة، وقال: أستحسن، وأضمنه، ولا أجيز البيع، اتفق عليه رواية أبى سليمان، وفى رواية أبى حفص، فكان ما ذكر فى كتاب الصرف فى رواية أبى سليمان: أنه إذا سلم حتى باع أنه يجوز البيع جواب القياس، لا بجواب الاستحسان فصار حاصل المسألة أن فيما له حمل ومؤنة إذا باعه الوكيل فى مصر آخر جاز قياسًا، ولا يلزم الآمر شىء من الأمر، وفى الاستحسان: لا يجوز البيع، وجه القياس فى ذلك لو أنه لو لم يجز البيع فى مصر آخر، إنما لم يجز كيلا يلزم المالك الكراء، ولا يلزمه الكراء ههنا متى جوزنا بيع الوكيل؛ لأن الوكيل فى النقل مخالف؛ لأن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

العرف فيما بين الناس أن مَن دفع إلى غيره [شيئًا له حمل ومؤنة ليبيعه، فإنما يريد البيع فى المكان الذى دفعه إليه، حتى لا يلزمه الكراء ومؤنة النقل من غير][(١)] أن يحصل له مقصود، وهو البيع، فهو معنى قولنا: أن الوكيل مخالف فى النقل، فلا يلزم الآمر الكراء، فلا يمنع جواز بيعه، ولا ترتفع الوكالة بالنقل؛ لأن هذا خلاف من حيث الفعل، وبالخلاف من حيث الفعل لا ترتفع الوكالة على ما عرف فى موضعه، وجه الاستحسان أنا لو أجزنا بيعه فى مصر آخر، وجعلنا بيعه بأمر الآمر، يجب الكراء على الآمر؛ لأن الحمل يحصل للآمر، فيجب الكراء عليه، ولا وجه إلى إيجاب الكراء على الآمر [لأن الآمر لم يرضَ به، وبيان أنه لم يرضَ به ما ذكرنا من العرف فى وجه القياس، بخلاف ما إذا باعه][(٢)] فى مصر آخر من غير أن ينقله إلى ذلك المصر؛ لأن هناك لا يلزم الآمر الكراء متى جوزنا بيع الوكيل، وهذا هو التخريج لما لا حمل له ولا مؤنة.

١٣١٩٦- وإذا وكل الرجل رجلا بألف درهم يصرفها له، ثم إن الموكل صرف تلك الألف بنفسه، فجاء الوكيل بعد ذلك إلى بيت الموكل، وأخذ من بيته ألفًا غيرها، وصرفها، فهو جائز على الموكل، فلم يجعل الألف التى أضيف إليها الوكالة متعينة فى حق بطلان الوكالة متى صرفها الموكل بنفسه.

وقال: لو دفع الموكل تلك الألف إلى الوكيل، فسرقت من يده، أو هلكت فى يده بطلت الوكالة، وجعل الألف بعد ما دفعها إلى الوكيل متعينة فى حق بطلان الوكالة متى سرقت من يده، أو هلكت فى يده، والوجه فى ذلك أن الوكالة بالشراء بمعنى الشراء من حيث إنها سبب لثبوت الشراء فى الثانى بين الوكيل وبين الموكل متى حصل الشراء من الوكيل، فإن الوكيل يصير بائعًا ما اشترى من الموكل، وذلك بالوكالة السابقة، ولهذا كان للوكيل حبس المشترى من الموكل بالثمن، وإذا كانت الوكالة بالشراء سببًا لثبوت الشراء فى الثانى، ألحق بالشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل القبض بإضافة الشراء إليهما، ويتعينان بالقبض، فكذا فى الوكالة بالشراء التى التحقت بالشراء، وهذا بخلاف ما لو أمره ببيع شىء يتعين بالتعيين.

ثم إنّ الموكل باع ذلك الشىء بنفسه، فإنه تبطل الوكالة حتى لا يكون للوكيل أن يأخذ مثله من بيته ويبيعه؛ لأنا ألحقنا الوكالة بالشراء، فما يتعين بالشراء، يتعين فى الوكالة،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والفلوس بمنزلة الدراهم فى أنها لا تتعين بالشراء، فكذا فى الوكالة.

وإذا وكّله بدراهم، يصرفها له بدنانير، وهما بالكوفة، فصرفها بدنانير، يدفعها كوفية مقطعة، فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، إلا إذا صرفها بدنانير شاميّة، وأراد بالكوفية المقطّعة الخفاف التى فيها غشّ، لا المكسّرة، وأراد بالشاميّة الثقال.

واعلم بأن الوكالة تنصرف إلى نقد البلد؛ لما ذكرنا أن الوكالة ألحقناها بالشراء، والشراء ينصرف إلى نقد البلد، فكذا الوكالة، وقد كان نقد البلد فى زمن أبى حنيفة الكوفيّة المقطّعة والشاميّة، فأفتى على ما شاهد فى زمانه، وصرف الشراء والوكالة إلى المقطّعة والشاميّة. وفى زمن أبى يوسف ومحمّد: كان نقد البلد الشاميّة لا غير، فصرفا الوكالة والشراء إلى الشاميّة، وأفتيا على ما شاهدا فى زمانهما، فهذا فى الحقيقة اختلاف عصر وزمان.

١٣١٩٧- وإذا وكّله أن يشترى له بهذه الدنانير دراهم غلة، ولم يسمّ غلّة الكوفة أو غلة بغداد، فهذا على غلة الكوفة يريد به، إذا كان التوكيل بالكوفة، وهذا لما ذكرنا أن الوكالة معتبرة بالشراء.

ولو قال: اشتريت منك هذا بألف درهم غلة، وهما بالكوفة، كان الشراء على غلّة الكوفة، فكذا الوكالة، فإن اشترى بها غلة بغداد وغلة البصرة، فإن كان مثل غلة الكوفة أو فوقها، جاز؛ لأنه أتى بمثل المأمور به وزيادة، وإن كان دون غلة الكوفة لا يجوز.

١٣١٩٨- ولو وكّله بأن يبيع هذه الدراهم بكذا دينار شاميّة، فباعها بدينار كوفيّة، فإن كانت الكوفية غير مقطعة، كان وزنها وزن الشاميّة يجوز على الآمر؛ لأنه أتى بمثل ما أمر به إن لم يأتِ بعين ما أمر به.

ثم قال: وليس الدنانير فى هذا كالدراهم يريد به، إن فى الدراهم لا تعتبر زيادة الوزن زيادة جودة، وفى الدنانير تعتبر زيادة الوزن زيادة جودة، حتى قال: لو وكّله بأن يبيع هذه الدراهم بكذا دينار شاميّة، فباع بكذا دينار كوفية، فإن كانت الكوفيّة وزنها مثل وزن الشاميّة، جاز على الآمر، وما لا فلا.

وقال: فيمن وكّل رجلا أن يبيع هذه الدنانير بكذا درهم غلة الكوفة، فباعها بغلة بغداد، أو بغلّة البصرة، قال: إن كان غلة البصرة مثل غلّة الكوفة، جاز، ولم يشترط أن يكون بمثل وزن غلة الكوفة، وإنما كان كذلك؛ لأن المقصود من الغلة الإنفاق فى حق حوائجه، وإنما يحصل ذلك بغلة الكوفة، أو بمثلها.

والمقصود من شراء الدنانير الربح، وذلك يختلف باختلاف الوزن، فإن رغبة الناس فى الدنانير الثقال أكثر، فإن كان وزن الكوفية مثل وزن الشاميّة، فقد حصل المقصود، فيجوز، وما لا فلا.

ولو قال: بعها بدنانير عتق، فباعها بشاميّة لا يجوز على الآمر؛ لأن المقصود لا يحصل بهذا؛ لما للعتيق من الصرف على الشاميّة.

١٣١٩٩- وإذا أقرض الرجل رجلا ألف درهم، وقبضها المستقرض، ثم إن المقرض قال للمستقرض: اصرف الدراهم التى لى عليك، ولم يبين مع من يصرف، لايصحّ التوكيل عند أبى حنيفة رحمه الله، ويقع الصرف للمستقرض، وعلى قول أبى يوسف ومحمّد: يصحّ التوكيل، ويقع الصرف للمقرض.

وهذه المسألة بناء على مسألة معروفة فى كتاب البيع، إذا قال رب الدين لمديونه: أسلم ما لى عليك من الدين فى كذا، ولم يبيّن مع من يسلم، وهناك لايصح التوكيل عند أبى حنيفة، خلافًا لهما، فههنا كذلك.

وأما إذا قال: اصرفها ولم يزد عليه، لا يصح التوكيل عندهم جميعًا؛ لأن "الهاء" فى قوله: اصرفها، يجوز أن تكون كناية عن الألف التى قبضها المستقرض، ويجوز أن تكون كناية عن الألف التى صار دينًا للمقرض فى ذمة المستقرض، فإن كان كناية عن الألف التى قبضها المستقرض لا يصح التوكيل؛ لأن تلك الألف صارت ملكا للمستقرض فهذا أمر بالتصرف فى ملك الغير وأنه لايصح، وإن كان كناية عن الألف التى وجبت للمقرض فى ذمة المستقرض كان التوكيل صحيحًا؛ لأن هذا أمر بالتصرف فى ملك نفسه، والأمر بالتصرّف فى ملك نفسه صحيح، فيصحّ التوكيل على هذا التقدير عندهما مطلقًا، وعند أبى حنيفة إذا بيّن من يصرف إليه، وقع الشك فى صحة هذا التوكيل، فلا يصح هذا التوكيل بالشكّ.

وإن قال: اصرفها لى، إن بيّن من يصرفه إليه، صح التوكيل بلا خلاف، وإن لم يبيّن مع من يصرف، فالمسألة على الخلاف؛ لأن قوله: اصرفها لى، انصرف إلى الدين الذى وجب فى ذمة الوكيل؛ لأنه لا يكون صارفًا له، إلا إذا انصرف ذلك إلى الدين الذى فى ذمة الوكيل.

أما لو انصرف إلى الدراهم التى قبضها المستقرض، فالصرف لا يكون للموكل، بل يكون للوكيل؛ لأن تلك الدراهم ملك الوكيل، وإذا انصرف قوله: "اصرفها" إلى الدين الذى للموكل فى ذمة الوكيل، صار كأنه صرح به، وهناك المسألة على الخلاف، كذا ههنا.

١٣٢٠٠- ولو كان لرجل على رجل ألف درهم، فدفع المطلوب إلى الطالب دراهم، وقال: اصرفها، وخذ حقك منها، فقبضها، وهلكت في يده قبل أن يصرفها، فهو من مال الآمر؛ لأن الآمر أمره بشيئين، بالمصارفة للآمر، وبأخذ حقه من الدراهم التي تحصل للآمر بحكم المصارفة، فقبضه الدنانير قبض الوكيل بالبيع، وقبض الوكيل بالبيع قبض أمانة، فإذا هلكت الدنانير في يده، هلكت من مال الآمر، كما لو هلكت الجارية الموكل ببيعها في يد الوكيل، وكذلك لو صرف الدنانير، وقبض الدراهم، فهلكت الدراهم في يده قبل أن يأخذ حقه من الدراهم، هلكت من مال الآمر أيضًا؛ لأنه وكيل ببيع الدنانير بالدراهم أولا، فيقع قبض الدراهم للموكل قبل أن يأخذ الوكيل حقه منها، ألا ترى أنه لو لم يقل له: خذ منها حقك، كان قبضه للآمر، وكان هلاك المقبوض عن الآمر، كذا ههنا.

فإن أخذ منهما حقه، ثم هلك المأخوذ بحقه في يده، هلك من ماله، وهو بمنزلة ما لو كان عند رجل وديعة، وللمودع على صاحب الوديعة دين، فقال له صاحب الوديعة: خذ حقك من الوديعة التي في يديك، فهلكت الوديعة قبل أن يأخذ المودع حقه منها، يهلك من مال صاحب الوديعة، ولو أخذ منها حقه، وهلك المأخوذ في يده، هلك من مال المودع، كذا ههنا، وهذا بخلاف ما لو دفع إليه الدنانير، وقال: اصرفها بحقك، أو قال: بعها بحقك، فباعها بدراهم مثل حقه، فكما قبض الدراهم يصير المقبوض له حتى لو هلك في يده هلك من ماله؛ لأن هاهنا ما أمره بشيئين، إنما أمره بشيء واحد، وهو البيع بحقه، وإنما يكون بائعًا بحقه إذا كان قبض الدراهم واقعًا له، فقد أمره بالبيع، وجعل المقبوض بعد البيع له، كأنه قال: بع هذه الدنانير بدراهم، فاقبض الدراهم بحقك، ولو قال هكذا، أليس أن المقبوض يصير للقابض بنفس القبض، كذا ههنا -والله أعلم-.

الفصل الثالث عشر
فى الصرف مع مملوكه، وقرابته، وشريكه، ومضاربه والوصىّ، وما يتصل بذلك

١٣٢٠١- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا باع الرجل من عبده[١] درهمًا بدرهمين، أو درهمين بدرهم، فهذا ليس بربا، سواء كان على العبد دين، أو لم يكن، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين السيد وبين عبده».

والمعنى فى ذلك أن الربا اسم لما ملك بعقد المعاوضة بغير عوض، وما يأخذه المولى من عبده لا يأخذه بعقد المعاوضة، أما إذا لم يكن على العبد دين، فلأن شراء المولى منه لا يصح؛ لأن هذا الشراء لا يفيد للمولى إلا ما كان له، فصار وجود هذا الشراء وعدمه بمنزلة، وصار المولى دافعًا إلى العبد درهمًا أخذًا منه درهمين، أو دافعًا إليه درهمين أخذًا منه درهمًا، وهذا لا يكون ربا، وأما إذا كان على العبد دين، فلأن شراء المولى منه فى هذه الصورة إن كان مفيدًا لأنه يفيد للمولى فيما اشترى ملك الرقبة والتصرف، أو ملك التصرف على حسب ما اختلفوا فيه، إلا أن للمولى أن يأخذ كسب عبده المديون لقيام ملكه فى رقبته من غير شراء، ولكن يبدل بعدله لحق الغرماء، وإذا كان له الأخذ على هذا الوجه من غير شراء، فإذا باع المولى منه درهمين بدرهم، صار كأنه دفع إليه درهمين، وأخذ منه درهمًا من غير شراء، وذلك لا يكون ربا، وإذا باع منه درهمًا بدرهمين، صار كأنه أعطاه درهمًا، وأخذ منه درهمين، فيلزمه رد الدرهم الزائد؛ لأنه أخذ بغير عوض، وقد تعلق به حق الغرماء، لا لمكان الربا.

وأشار فى "القدورى": إلى أن الربا يجرى بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين، فإنه قال: دين العبد يمنع ملك المولى عند أبى حنيفة، وعندهما إن كان لا يمنع الملك، ولكن يوجب حجر المولى عن التصرف، فصار المولى بمنزلة الأجنبى، فيظهر الربا، كما فى ما بين الأجانب.

١٣٢٠٢- ولو باع من مكاتبه درهمًا بدرهمين، أو درهمين بدرهم، لا يجوز، وكان ربا؛ لأن شراء المولى شيئًا من اكتساب مكاتبه، وبيع المولى ماله من مكاتبه جائز؛ لأن المكاتب

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ": غيره.

بعقد الكتابة صار أخص بمكاسبه، وصار كالحر يداً وتصرفًا في كسبه، فيجرى الربا بينه وبين مولاه، كما يجرى بينه وبين سائر الأحرار، ومعتق البعض عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب، وعندهما بمنزلة حر عليه دين، وبأيهما اعتبرناه يجرى الربا بينه وبين مولاه، وكذلك يجرى الربا [بين الرجل وبين أبيه وابنه وسائر قرابته؛ لأن الشراء متحقق فيما بين هؤلاء، فيجرى الربا بينهم][1]؛ لما ذكرنا أن الربا اسم لما يملك بالشراء من غير عوض، وكذلك يجرى الربا بين الرجل وبين عبد هؤلاء، وبين الرجل ووكيل هؤلاء؛ لأن الشراء من عبد هؤلاء ومن وكيل هؤلاء بمنزلة الشراء من هؤلاء، ويجرى الربا بين شريكي العنان إذا لم يكن الصرف من تجارتهما؛ لأن كل واحد منهما فيما ليس من تجارتهما بمنزلة الأجنبي، ولا يجرى الربا بين المتفاوضين؛ لأن المبايعة فيما بينهما لا تصح؛ لأنها لا تفيد شيئًا.

١٣٢٠٣- قال "القدوري": ولا يجوز فعل القاضي وأمينه لليتيم، والأب لابنه الصغير، والوصي إلا ما يجوز بين الأجنبيين، وكذلك إذا اشترى الأب من مال ابنه لنفسه، أو المضارب باع من رب المال، لم يجز إلا ما يجوز بين الأجنبيين -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و "ف".

الفصل الرابع عشر
فى الصرف فى المرض

١٣٢٠٤ - قال محمد رحمه الله تعالى : وإذا باع المريض من وارثه دينًا بألف درهم ، وتقابضا ، فإنه لا يجوز ، فى قول أبى حنيفة إلا بإجازة الورثة ، ويعتبر وصيته للوارث بالعين ، وكذلك إذا باعه بمثل قيمته ، أو أقل ، فالأصل عند أبى حنيفة أن نفس البيع من الوارث وصية ، ولا وصية للوارث إلا بإجازة باقى الورثة ، وعندهما إذا باعه بمثل القيمة أو أكثر ، يجوز من غير إجازة بقية الورثة ؛ لأن عندهما نفس البيع ليس بوصية ، وإنما الوصية فى الحط عن القيمة ، فإذا كان البيع بمثل القيمة ، أو أقل ، لم يوجد الحط ، فلم توجد الوصية ، ولم تتمكن التهمة ، فيجوز ، أجازت الورثة ذلك أو لم يجيزوا .

١٣٢٠٥ - ولو اشترى المريض من ابنه ألف درهم بمائتى دينار ، وتقابضا ، وله ورثة كبار ، فعلى قول أبى حنيفة لا يجوز إلا بإجازة الورثة ، سواء كان قيمة دنانيره ألف درهم أو أكثر ، أو أقل ، وعندهما إن كان قيمة دنانيره [ألف درهم أو](1) أقل يجوز من غير إجازة باقى الورثة ، وإن كان قيمة دنانيره أكثر من ألف درهم ، فإن أجاز باقى الورثة ذلك ، جاز ، وإن لم يجيزوا يخير الابن المشترى ، إن شاء نقض البيع ، ورد الدنانير ، وأخذ الدراهم ، وإن شاء أخذ من الدنانير مثل قيمة دراهمه ، ورد الفضل ، وإنما يخير الابن المشترى ؛ لأنه إنما بذل الدراهم بمقابلة الدنانير بكمالها ، ولم يسلم له الدنانير بكمالها ، فقد يغير عليه شرطه ، فيكون له الخيار ، فإن شاء رضى به ، وإن شاء نقض العهد ، وسوى هذا رواية أخرى عنهما ، أن أصل العقد يبطل إذا حابى المريض وارثه بشىء .

١٣٢٠٦ - وإذا باع المريض من أجنبى ألف درهم بدينار قيمته عشرة دراهم ، وتقابضا ، ثم مات المريض ، والدينار عنده ، ولا مال له غير ذلك ، فللورثة الخيار ، إن شاؤوا أجازوا ذلك ، وإن شاؤوا لم يجيزوا ؛ لأن المريض حابى بالزيادة على الثلث ؛ لأن ثلث ماله ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وقد حابى بالزيادة على ذلك ؛ لأنه حابى بمقدار تسعمائة وتسعين ، والمحاباة فى مرض الموت وصية ، فصار موصيا بما زاد على الثلث ، والمريض إذا أوصى بما زاد على الثلث ، يقف ذلك على إجازة الورثة ، فإن أجازوا ، جاز ، وسلم للمشترى جميع

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" .

الألف، والدينار لورثة المريض، وإن لم يجيزوا، فالمشترى بالخيار، إن شاء بقض البيع، وإن شاء أجاز، وإنما يخير المشترى لأنه باشر هذا العقد ليسلم له الألف بكماله بمقابلة الدينار، ولايسلم له ذلك، كذا ههنا، فيعتبر عليه شرطه ومقصوده، فيكون له الخيار، فإن نقض البيع، أخذ ديناره، ورد جميع الألف، ولا يسلم له شيء من الوصية؛ لأن الوصية كانت فى ضمن البيع، فإذا انفسخ البيع بطل ما ثبت فى ضمنه، فإن أجاز البيع، يأخذ من الألف قيمة الدينار؛ لأنه لا محاباة بهذا القدر، ويأخذ ثلث مال الميت، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن الدينار إذا كان قائمًا فى يد ورثة الميت، كان جميع مال الميت ألف درهم، فيكون له ثلث ذلك، وثلاث الألف ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويسلم له قيمة الدينار أيضًا، وذلك عشرة، فجملة ما سلم له ثلاثمائة وثلاثة وأربعون وثلث، ويرد الباقى على الورثة.

هذا إذا كان الدينار قائمًا عند المريض قد استهلك الدينار، والجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الدينار قائمًا عند المريض، إلا فى فصل، فإن فى هذه الصورة، إذا لم يجز الورثة ذلك، وخير المشترى، فلم يجز، وفسخ البيع، فإن المشترى يأخذ من الألف قدر قيمة الدينار وعشرة بحكم المعاوضة، ثم يأخذ بحكم الوصية ثلث الباقى من الألف، وذلك ثلاثمائة وثلاثون لا ثلث جميع الألف، بخلاف الفصل الأول، فإن هناك المشترى بعد ما أخذ قيمة الدينار، يأخذ ثلث جميع الألف ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، والوجه فى ذلك أن الوصية إنما تنفذ فيما هو ثلث مال الميت عند الموت، وفى المسألة الأولى ثلث مال الميت عند الموت ألف درهم؛ لأن المشترى وإن أخذ من الألف قدر قيمة الدينار عشرة، إلا أن الدينار الذى هو عوض عن العشرة قائم فى يد الورثة، فقام مقام العشرة، فكان مال المريض ألف درهم عند الموت، فيعطى للموصى له ثلث ذلك، أما فى المسألة الثانية مال المريض عند الموت تسعمائة وتسعون؛ لأن المشترى قد أخذ العشرة عوضًا عن الدينار، والدينار ليس بقائم مقام ذلك، فكان مال الميت عند الموت تسعمائة وتسعون، فيكون للمشترى ثلث ذلك، ثم إن محمدًا خير مشترى الدراهم بعد هلاك الدينار فى يد المريض.

فرق بين هذا وبين ما إذا هلك الألف فى يد مشترى الألف، ولم يجز الورثة ما صنعه المريض، فإن هناك لا يخير مشترى الألف بين الفسخ والإجازة، بل يأخذ قدر قيمة الدراهم وثلث جميع الألف، ويرد الباقى على الورثة، والفرق: أن الدينار الذى قبضه المريض بدل الصرف من كل وجه؛ لأنه لا محاباة للمريض فى ذلك، وهلاك بدل الصرف لا يمنع الفسخ، فأما الألف التى قبضها مشترى الألف بعضها إن كان بدل الصرف، وذلك قدر قيمة الدينار؛

لأنه أعطى[(١)] بإزاءه عوضًا، فما زاد على ذلك لم يكن عوضًا للمريض، بل كان وصية، وهلاك الدراهم فى يد الموصى له، يمنع فسخ الوصية؛ لأن الدراهم تتعين فى الوصايا، وكانت الدراهم فى الوصايا كالعروض، وإذا امتنع فسخ الوصية بهلاك الدراهم، امتنع فسخ الصرف؛ لأنا لو فسخنا الصرف ينفسخ الوصية؛ لأنها كانت فى ضمن الصرف، فإذا تعذر فسخ الوصية تعذر فسخ الصرف، فشرط قيام الدراهم فى يد مشتريها لإمكان فسخ الصرف، ولم يشترط قيام الدينار فى يد مشتريه لإمكان فسخ الصرف لهذا.

١٣٢٠٧- قال: ولو أن المريض باع سيفًا قيمته مائة درهم، وفيه من الفضة مائة درهم، وذلك كله قيمته عشرين دينارًا بدينار، وتقابضا، ثم مات المريض، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، فإن المشترى بالخيار، إن شاء نقض البيع، ورد السيف، وأخذ ديناره، ولا شيء له من الوصية، وإن شاء أجاز البيع، وأخذ قدر قيمة الدينار من السيف والحلية وثلثا السيف تامًا بعد ذلك زاد ههنا، فقال: وإن شاء زاد فى الثمن حتى يبلغ الثمن إلى تمام قيمة ثلثى السيف، ثم قال فى هذه المسألة: أخذ المشترى قدر قيمة الدينار من السيف والحلية جميعًا؛ لأن الحلية مع السيف كشيء واحد لا تتأتى إثبات المعاوضة فى أحدهما دون الآخر، وإن كان الدينار قد هلك، فالجواب كذلك إلا فى فصل أن الورثة إذا لم يجيزوا ما صنع الميت، وخير المشترى بين أن يختار فسخ العقد، وأخذ دينارًا مثل ديناره وبين أن يمضى العقد، فأمضى العقد، أخذ من السيف وحليته قدر قيمة ديناره، وله ثلث ما بقى من السيف والحلية، لا ثلث جميع السيف، وإن كان المشترى قد استهلك ما قبضه أيضًا، كان للمشترى مثل قيمة ديناره وثلث الباقى من السيف والحلية، وغرم ثلثى الباقى للورثة؛ لأنه تعذر فسخ العقد ههنا؛ لأن المعقود عليه مستهلك، وكان عليه ضمان حصة الورثة من ذلك، وهو قيمة ثلثى الباقى بعد قيمة الدينار، وهذا لأن المقبوض لو كان قائمًا فى يد المشترى، كان لورثة المريض استرداد ذلك، فإذا كان هالكًا كان استرداد بدله ليكون اشترداد البدل بمنزلة استرداد المبدل.

١٣٢٠٨- مريض له تسعمائة درهم، لا مال له غيرها، باعها بدينار قيمته تسعة دراهم، وقبض مشترى الدينار الدينار، وقبض الآخر مائة درهم، وافترقا، ثم مات المريض، والدينار قائم فى يده، والدراهم كذلك، فإجازة الورثة ههنا وعدم إجازتهم سواء، ويسلم المشترى الدراهم مائة درهم بتسع الدينار، ويرد الورثة عليه ثمانية أتساع [الدنانير، وهذا لأن

---

(١) وفى "ف": لأنه أعطاه.

الدنانير](١) قوبل بتسعمائة، فيكون بمقابلة كل مائة تسع دينار، فإذا قبض مشترى الدراهم من الدراهم مائة، ولم يقبض الباقى حتى تفرقا، فقد انتقض العقد فى ثمان مائة درهم بثمانية أتساع الدينار، وتم فى مائة درهم بتسع الدينار، فسلم للمشترى مائة درهم بتسع الدينار، وإن كان قيمة المائة أكثر من تسع الدينار؛ لأن ما زاد على قيمة تسع الدينار محاباة للمشترى، وإنها تخرج من ثلث مال المريض، فيسلم ذلك للمشترى، أجازت الورثة، أو لم يجيزوا، ووجب على ورثة المريض، رد ثمانية أتساع الدينار على المشترى؛ لأن ذلك فى أيديهم بحكم عقد قد فسد، وكذلك لو كان مشترى الدراهم قبض من الدراهم مائتى درهم، فإجازة الورثة وعدم إجازتهم سواء، ويسلم للمشترى مائتا درهم بتسعى الدينار، وإن كان مائتى درهم أكثر من قيمة تسعى الدينار؛ لأنه محاباة يخرج من ثلث مال المريض.

وكذلك إذا كان مشترى الدراهم قبض من الدراهم ثلاث مائة، فإجازة الورثة فى هذا وعدمها سواء، يسلم لمشترى الدراهم ثلاثمائة درهم بثلاثة أتساع الدينار؛ لأن المحاباة تخرج من ثلث مال المريض، وإن كان مشترى الدراهم قبض من الدراهم أربعمائة، فههنا يحتاج إلى إجازة الورثة؛ لأن المحاباة تزيد على ثلث المال ههنا، فإن إجازة الورثة ذلك سلم للمشترى أربعمائة درهم، وسلم للورثة أربعة أتساع الدينار، ولزم الورثة رد خمسة أتساع الدينار على المشترى، وإن لم يجز الورثة ذلك، فالمشترى بالخيار، إن شاء نقض البيع، ورد ما قبض من الدراهم، وأخذ ديناره، وإن شاء أخذ مما قبض من الدراهم قدر قيمة أربعة أتساع الدينار وثلث جميع المال، وذلك ثلاثمائة، ورد الباقى على الورثة، وإن لم يقبض مشترى الدراهم شيئًا من الدراهم، رد على الورثة دينارهم؛ لأن العقد قد فسد فى جميع الدينار، والوصية كانت فى ضمن البيع، وإذا بطل بطلت الوصية، وهل يجب على المشترى رد ذلك الدينار بعينه أم لا؟ والمسألة على روايتين، فإن الدينار مقبوض بحكم عقد فاسد، وفى تعيين الدرهم والدينار فى البيع الفاسد للرد روايتان، ولو لم يتفرقا، ولم يمت المريض، فراده المشترى تسعة وخمسين دينارًا، وتقابضا، فهو جائز كله إن كان قيمة كل دينار عشرة، وهذا لأن قيمة كل دينار متى كان عشرة صار المريض بائعًا تسعمائة وخمسين دينارًا، فتكون المحاباة بقدر ثلاثمائة، وذلك يخرج من ثلث ماله، فيجوز، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، وإن كان المريض وكل وكيلا، فباعها من هذا الرجل بدينار، ثم مت المريض قبل أن يتقابضا، فقال المشترى: أنا أخذ تسعمائة وتسعين دينارًا، فهو جائز إذا رضى به الوكيل؛ لأن الزيادة من المشترى وجدت حال قيام

(١) هكذا فى النسختين: "ظ" و "م"، وكان فى الأصل و "ف": الدينار، وهذا لأن الدينار.

العقد، فصحت إذا رضى به الوكيل بيان أنها حصلت حال قيام العقد؛ لأن العقد قد صح من الوكيل؛ لأنه باع قبل موت المريض، وإنما بقى القبض لا غير، والقبض حق الوكيل؛ لأنه ملكه بحكم العقد، ؛أنه عقد لنفسه، والوكيل حى، وهو مع المشترى فى مجلس العقد بعد، فبقى العقد على الصحة بعد موت المريض، فإذا زاد المشترى فى الثمن، فقد وجدت الزيادة حال قيام العقد، فصحت إذا رضى به الوكيل، وإنما شرطنا رضا الوكيل لصحة الزيادة؛ لأن العاقد هو الوكيل، فيتوقف صحتها على رضى الوكيل، وهذا لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد، وصار كأن العقد من الابتداء ورد على الأصل والزيادة، ثم ابتداء العقد بالزيادة لا يصح إلا برضى الوكيل، فكذلك ههنا، وهذا بخلاف ما لو عقد المريض بنفسه، ثم مات قبل القبض، فأراد المشترى أن يزيد فى الثمن حتى يزول المحاباة، لا يقدر عليه؛ لأن العقد بطل بموت المريض قبل القبض؛ لأن العاقد هو المريض، فإذا مات قبل القبض بطل العقد، وإذا بطل العقد لم يصح الزيادة من المشترى فى الثمن، أما ههنا العقد لم يبطل بموت المريض؛ لأن حق القبض للوكيل، وإنه حى، فأمكن القول بصحة الزيادة.

قالوا: وتأويل هذه المسألة أن المريض وكل هذا الرجل ببيع الدراهم، وفوض الرأى إليه، بأن قال: إعمل فيها برأيك، أو قال: ما صنعت فيها من شىء فهو جائز حتى يكون بيع الوكيل جائزًا على المريض مع المحاباة، فيكون بمنزلة بيع المريض، فإذا زاد المشترى زيادة، ودفع المحاباة يجوز، فأما إذا لم يفوض إليه الرأى، لايجوز العقد، وإن زاد المشترى على اختلاف المذهبين، أما على قولهما، فلأن الوكيل بالتصرف وكيل بالبيع من وجه، وبالشراء من وجه، وبأى ذلك اعتبرناه لا يتحمل منه المحاباة الفاحشة، ولا يجوز بيعه على المريض، وأما على قول أبى حنيفة: فلأنه وكيل بالبيع من وجه، وبالشراء من وجه، فمن حيث إنه وكيل بالبيع إن جاز تصرفه مع المحاباة على المريض، فمن حيث إنه وكيل بالشراء لا يجوز تصرفه مع المحاباة على المريض وقع الشك فى جواز تصرفه على المريض، فلا يجوز بالشك.

وإذا باع المريض ألف درهم بمائة درهم، وتقابضا، ثم مات من مرضه ذلك، فهذا لا يجوز؛ لأنه ربا، ألا يرى أنه لو كان ذلك من الصحيح لا يجوز لمكان الربا، فكذا فى المريض، قال: وللذى أعطى المائة أن يمسك مائة من الألف بمائة، ويرد الباقى، قالوا: وهذا على الرواية التى يقول فيها: إن المقبوض من الدراهم بحكم عقد فاسد لا يتعين للرد؛ لأن على هذه الرواية حق صاحب المائة يكون فى مائة لا بعينها، وقد ظفر بجنس ذلك من مال المريض، فيأخذه، فأما على الرواية التى يقول فيها: إن المقبوض من الدراهم بحكم عقد فاسد يتعين

للرد على الذى أعطى المائة أن يرد جميع الألف المقبوضة على ورثة المريض، ويرجع عليهم بمائة إن كانت مائة قائمة بعينها، ولا شيء لصاحب المائة من الوصية ههنا؛ لأن وصيته فى ضمن البيع، وقد وقع البيع باطلا أيضًا، قال: وإن كان صاحب المائة أعطى مع المائة ثوبًا، أو دينارًا، كان ذلك بيعًا صحيحًا على أن تكون المائة بالمائة، والباقى بإزاء الثوب أو الدينار، فإن مات المريض يخير ورثته؛ لأنه صار بائعًا تسعمائة درهم بدينار، فصار محابيًا بأكثر من ثلث ماله، وكان للورثة الخيار، فإن أجازوا ما صنع المريض، سلم للورثة مائة ودينار، وسلم لصاحب المائة الألف كلها، فإن لم يجيزوا، فصاحب المائة بالخيار لتغير شرطه، ومقصوده، فإن شاء نقض البيع، ورد الألف، وأخذ مائة، وديناره على إحدى الروايتين، وعلى الرواية الأخرى إن شاء نقض البيع، وأمسك من الألف مائة بمائة، ورجع على ورثة المريض بديناره إن كان قائمًا، وإن شاء أجاز البيع، وأخذ من الألف مائة، وقيمة ديناره؛ لأنه لا محاباة فى ذلك القدر، ثم يأخذ ثلث جميع مال المريض إن كان ديناره ومائته قائمة، وثلثه ما بقى إن كان هالكًا، وإن كان للمريض إبريق فضة فيه مائة درهم، وقيمتها [عشرون دينارًا، فباعه بمائة درهم، وقيمتها][1] عشرة دنانير، فتقابض، ثم مات المريض من مرضه، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، فالمشترى بالخيار، فإن شاء فسخ العقد، ورد الإبريق، وأخذ ديناره، وإن شاء أمضى العقد، وأخذ ثلثى الإبريق بثلثى المائة، ورد ثلث الإبريق على الورثة، والوجه فى ذلك أن يقول: لا وجه إلى أن تصحيح هذا العقد بأن يزيد مائة أخرى حتى يصير قيمة الإبريق مائتى درهم، فتبقى المحاباة؛ لأنه يصير مشتريًا مائة درهم بمائتى درهم، وأنه ربا، إذ لا قيمة للصنعة والجودة فيما بين المتعاقدين فى أموال الربا، ولا وجه إلى أن يصححه بأن يزيد فى الثمن من خلاف جنس الثمن إلى تمام ثلثى الإبريق؛ لأن فى إثبات الزيادة على هذا الوجه إبطالها؛ لأن الزيادة تصير ثمن الإبريق، فتصير صرفًا، ولم يقبض فى المجلس، ولا وجه إلى أن يجوز العقد فى جميع الإبريق بمائة؛ لأن فيه إبطال حق الورثة فى الصنعة والجودة، ولا وجه إلى أن يفسخ العقد فى الكل إذا لم يرضَ به المشترى لما فيه من إبطال الوصية له بقدر الثلث، وإذا انتفى هذه الوجوه عينًا تجويز العقد فى ثلثى الإبريق بثلثى المائة، إذ به يقع الخلاص عن الربا، ولا يبطل حق الورثة فى الصفة، ولا تبطل وصية المشترى، وتحصل تنفيذ وصيته بقدر ثلث مال المريض، ويسلم للورثة ثلث مال المريض.

بيانه: وهو أن حق الورثة فى ثلثى مال المريض، وجميع مال المريض إبريق قيمته عشرون

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ديناراً، فثلثا ذلك ثلث عشر وثلث، فإذا جوزنا العقد فى ثلثى الإبريق بثلثى الثمن، ورددنا ثلث الإبريق على الورثة، فقد سلم للورثة ثلث الإبريق، وقيمته ستة وثلثان، وسلم لهم من ثمن الإبريق ثلثا المائة ستة وستون وثلثان، وقيمته ستة دنانير وثلثا دينار، فجملة ذلك ثلث عشر ديناراً، وثلث دينار، وهذا هو تمام حقهم، وسلم للمشترى ثلثا الإبريق، وقيمته ثلث وعشرون وثلث بثلثى المائة، وقيمته ستة وثلثان، وكان السالم للمشترى بطريق الوصية ستة دنانير وثلث دينار، فاستقام الثلث والثلثان.

الفصل الخامس عشر
فى الاستبدال ببدل الصرف

١٣٢٠٩- قال محمد رحمه الله : وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم، فنقد مشترى الدينار تسعة دراهم، وبقى درهم، ونقد مشترى الدراهم الدينار، فلم يتفرقا حتى قال مشترى الدراهم لمشترى الدينار : بعنى بالدرهم الذى عليك كذا، فباعه، فإن البيع لا يجوز، ولا يبرئ مشترى الدينار عن بدل الصرف، وقال زفر : يجوز البيع، ولكن مشترى الدينار لا يبرأ عن بدل الصرف، واعلم بأن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز، أجمع عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى، غير أن زفر قال : يجوز البيع فى هذه الصورة؛ لأنه يجوز البيع بمثل بدل الصرف، وتلغى الإضافة إلى بدل الصرف فى حق تعلق العقد به [ونعتبرها فى حق بيان قدر الواجب وصفته، فلا يكون هذا استبدالا ببدل الصرف قبل القبض، ونحن نعتبر الإضافة إلى بدل الصرف فى حق تعلق العقد به][1] من وجه.

فيكون هذا استبدالا ببدل الصرف من وجه، وأنه لا يجوز كالاستبدال من كل وجه، وإنما لم يجز الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض عندنا لوجهين : أحدهما : أن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض يفوت قبض بدل الصرف من حيث الحقيقة، فإنه لا يوجد قبض الدراهم الذى هو بدل الدينار من مشترى الدراهم بعد ما استبدل به، وإنما يوجد قبض بدل الثوب أو الدينار الذى اشترى، وفوات قبض بدل الصرف يوجب بطلان الصرف، فيكون الاستبدال ببدل الصرف سببًا لفساد الصرف، وما يكون سببًا لفساد الصرف يكون فاسدًا.

الوجه الثانى : أن كل واحد من بدل الصرف ثمن من وجه، ومثمن من وجه، أما كونه ثمنًا فظاهر، وأما كونه مثمنًا فلأن عقد الصرف بيع؛ لأنه مبادلة مال بمال، والبيع ليس إلا مبادلة مال بمال، ولهذا قالوا : إذا حلف أن لا يبيع، فصارف، يحنث فى يمينه، فثت أن عقد الصرف بيع، قلنا : والبيع ما يشتمل على مبيع أو ثمن، وليس أحد البدلين إذا كان دراهم أو دنانير، بأن يجعل مبيعًا والآخر ثمنًا بأولى من الآخر، فجعل كل واحد منهما مبيعًا من وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل واحد منهما ثمنًا حقيقةً، ألا ترى أن فى بيع العرض بالعرض اعتبر كل واحد منهما مبيعًا من وجه، وثمنًا من وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل واحد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

منهما مبيعًا حقيقة، كذا ههنا، وإذا صار كل واحد منهما ثمنًا من وجه، مثمنًا من وجه، فنقول: إن جاز الاستبدال به قبل القبض من حيث إنه مثمن لا يجوز الاستبدال به قبل القبض من حيث إنه مثمن، فلا يجوز الاستبدال بالشك، هذا كما في التأجيل في بدل الصرف أنه لا يجوز؛ لأنه إن كان يجوز من حيث إنه ثمن [لايجوز من حيث إنه مثمن][1]، فلا يجوز بالشك.

فإن قيل: لو كان بدل الصرف ثمنًا من وجه، مثمنًا من وجه لكان يشترط قيام الملك فيه حالة العقد حتى لا يصير بائعًا ما ليس عنده، وبالإجماع لم يشرط قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد، فقد ذكرنا في صدر هذا الكتاب: لو باع رجل من آخر دينارًا بدراهم، وليس في ملك هذا دينار، ولا في ملك ذلك دراهم، ثم استقرض هذا دينارًا، ودفعه إلى مشتريه، واستقرض ذلك دراهم، ودفعها إلى مشتريها، فإنه يجوز؟

قلنا: الدراهم والدنانير وقت العقد وقبل العقد ثمن من كل وجه، وإنما يعتبر مثمنًا من وجه بعد العقد؛ لأن اعتباره مثمنًا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مثمن، كما لا بد له من ثمن، فيعتبر كونه مثمنًا بعد العقد لا قبله، فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد، هذا كما في بيع العرض بالعرض، فإن كونه ثمنًا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه؛ لأنه مثمن في الأصل، فإنما يصير ثمنًا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من ثمن، فيعتبر كونه مثمنًا قبل العقد، حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد، ويتعلق العقد بهما، ويعتبر كونه مثمنًا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك أحدهما بعد البيع، كما لو كان ثمنًا من كل وجه، كذا ههنا، وإذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه، لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد، ولا يتعلق العقد بالمشار إليه.

فإن قيل: أليس أنه لو اشترى قلب فضة بدراهم، واستبدل بالدراهم قبل القبض، لا يجوز عندكم مع أن الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه، إذ لا ضرورة إلى جعله مثمنًا من وجه؛ لأن القلب بمقابلة مثمن من كل وجه؟

قلنا: جواز الاستبدال ببدل القلب إن كان لا يمتنع للوجه الثاني؛ لأن الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه يمتنع للوجه الأول؛ لأن الاستبدال ببدل القلب لو صح يفوت قبض بدل القلب، وفوات قبض بدل القلب يوجب فساد الصرف، وإن كان دراهم أو دنانير، وما يكون سببًا لفساد العقد، يكون فاسدًا في نفسه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بقى الكلام مع زفر فى جواز هذا البيع ، فوجه قوله أن هذا شراء أضيف إلى دراهم دين ، فيتعلق العقد بمثله لا بعينه ، كما فى سائر الديون ، سوى بدل الصرف ، فإن فى سائر الديون لا يتعلق العقد بالدين المضاف إليه ، حتى لو تصادقا بعد ذلك أنه لا دين لا يبطل البيع ، وإذا لم يتعلق العقد بعين بدل الصرف لا يكون هذا استبدالا ببدل الصرف قبل القبض ، فيجوز ، ثم فرق زفر بين ما إذا أضيف العقد إلى الدراهم الدين وبين ما إذا أضيف العقد إلى الدراهم العين ، فقال : إذا أضيف إلى الدراهم العين يتعلق العقد بها ، وإذا أضيف إلى الدراهم الدين ، لايتعلق العقد بها ، والفرق له أن فى الدين التعيين أضيف إلى غير محله ، فإن الدين لا يقبل التعيين ، والتصرف المضاف إلى غير محله يلغو ، فأما فى العين التعيين أضيف إلى غير محله ، فيصح التعيين ، كما فى سائر التصرفات المضافة إلى غير محلها ، وعلماءنا قالوا : بأن التعيين أضيف إلى ما هو مثمن من وجه ، لما ذكرنا أن الدراهم والدنانير إذا قوبل بعضها ببعض ، وكل واحد من البدلين مثمن من وجه ، فصار مشترى الدراهم مشتريًا بما هو مثمن من وجه ، والشراء المضاف إلى المثمن يتعلق بعينه ، وإذا تعلق بعينه حصل المشترى مستبدلا ببدل الصرف قبل القبض ، وأنه لا يجوز ، بخلاف الشراء المضاف إلى سائر الديون سوى بدل الصرف ؛ لأن هناك الشراء حصل بما هو ثمن من كل وجه ، والشراء المضاف إلى الثمن من كل وجه لا يتعلق بعينه ، أما ههنا بخلافه .

١٣٢١٠- وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ، وتقابضا إلا درهم واحد بقى من العشرة ، وليس عند بائع الدراهم الدرهم العاشر ، فأراد الذى اشترى الدراهم أن يأخذ عشر الدينار ، فله ذلك ، وهذا الجواب على الإطلاق الذى قاله محمد يستقيم بعد ما تفرقا عن مجلس العقد قبل نقد الدرهم العاشر ؛ لأنه بعد تفرقهما انتقض الصرف بقدر عشر الدينار ، وصار عشر الدينار دينًا لبائع الدينار على مشترى الدينار ، فلبائع الدينار أن يطالب المشترى بذلك ، رضى المشترى أم سخط ، فأما قبل التفرق إن أراد أن يأخذ عشر دينار من مشترى الدينار ، فليس له ذلك إلا أن يرضى مشترى الدينار بذلك ؛ لأن الصرف صحيح قبل التفرق فى جميع الدينار ، وإن لم يكن عند مشترى الدينار الدرهم العاشر ، فيكون حق بائع الدينار فى الدرهم العاشر ، وحق مشترى الدينار فى جميع الدينار ، فإذا قال له : أعطنى عشر فكأنه قال : أقلنى العقد بقدر عشر دينار ، فإن رضى مشترى الدينار بذلك جاز ، وإن لم يرضَ لا يجوز ، فأما إذا قال له : بعنى بعشر دينار فلوسًا مسماة ، أو عرضًا مسماة ، فباعه بذلك . كان جائزًا بعده ، باعه قبل التفرق أو بعده ، أما بعد التفرق ، فلا إشكال ، لأن التصرف انتقض بقدر عشر دينار لفوات قبض بدله ، فصار حق بائع الدينار بعد التفرق فى عشر الدينار فى ذمة مشترى

الدينار ، فإذا قال : بعني بذلك شيئًا ، فقد استبدل ببدل الصرف بعد الفسخ قبل القبض ، وإنه جائز ، وإن كان قبل التفرق ، فكذلك يجوز ، وذلك لأن بائع الدينار لما قال : أعطني بعشر دينار فلوسًا ، فقد طلب منه أن يصير عشر دينار حقًا له فى ذمة المشترى ، حتى يجوز له أخذ الفلس عوضًا عنه ، ولن يصير عشر الدينار [قبل التفرق حقًا لبائع الدينار إلا بالفسخ ، وكأنه قال : أقلنى الصرف بقدر عشر الدينار][(١)] حتى يصير حقًا لى بالفسخ ، ثم أعطنى بذلك فلوسًا ، أو عرضًا ، فإذا رضى الآخر بذلك ، انفسخ الصرف بقدر عشر دينار ، فصار مستبدلا ببدل الصرف قبل القبض بعد الفسخ ، وأنه جائز ، وهذا بخلاف ما لو قال : بائع الدينار : بعنى بالدراهم شيئًا ، فإنه لايجوز سواء باعه بالدرهم العاشر شيئًا قبل التفرق أم بعد التفرق .

فأما قبل التفرق ، فلأنه استبدل ببدل الصرف قبل القبض حل بقاء عقد الصرف ؛ لأنه طلب منه أن يبيع بالدرهم شيئًا والدرهم حقه بعقد الصرف ، فإنه ملك الدرهم بعقد الصرف ، وإنما يبقى الدرهم العاشر حقًا له ببقاء الصرف ، فلايكون بيعه الدرهم منه طلبا للفسخ ، بل يكون استبدالا ببدل الصرف ، وأنه لايجوز .

وأما بعد التفرق فلأنه اشترى شيئًا بدين عليه وهما يعلمان أنه ليس عليه دين ، ومن اشترى شيئًا من غيره بدين له عليه ، وهما يعلمان أنه لا دين عليه ، فإنه لايجوز هذا الشراء ، ويكون هذا الشراء بمنزلة الشراء بغير الثمن ؛ لأنه سمى ما لا يتصور ثمنًا ، فكأنه قال : اشتريت بغير ثمن .

١٣٢١١ - وفى كتاب الصرف : إذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار ، والدراهم بيض ، فأعطاه مكانها سودًا ، ورضى بها البائع جاز ذلك ؛ لأن هذا ليس باستبدال ، فالسود والبيض من الدراهم جنس واحد ، وإنما أبرأه عن صفة الجودة حين يجوز بالسود ، فكان مستوفيًا بهذا الطريق لا مستبدلا .

قال شمس الأئمة السرخسى : ومراده من السود الدرهم المضروب من النقرة السود ، لاالنقرة البخارية ؛ لأن أخذ البخارية مكان الدراهم البيض لا يجوز إلا برضى صاحبه ؛ لأنه يكون استبدالا لاختلاف الجنس ، وكذلك لو قبض مشترى الدراهم ، وأراد أن يعطى ضربًا آخر من الدنانير سوى ما شرط ، ، لا يجوز إلا برضا صاحبه فإذا رضى به صاحبه ، كان مستبدلا لكون الجنس واحدًا ، قيل : هذا إذا أعطاه ضربًا دون المسمى ، فأما إذا أعطاه ضربًا فوق المسمى ، فلا حاجة إلى رضا صاحبه .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل السادس عشر
فيما يكون قصاصًا ببدل الصرف، وما لا يكون

١٣٢١٢- رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذى عليه العشرة دينارًا بتلك العشرة، ودفع الدينار إليه، فهو جائز، وهذا صرف بدين سبق وجوبه، والصرف بدين سبق وجوبه جائز، لحديث عبد الله بن عمر، فإنه روى أنه رضى الله عنه سأل رسول الله ﷺ، وقال: «إنى أكرى الإبل بالبقيع إلى مكة بالدراهم، وآخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير، وآخذ مكانها دراهم، وربما قال: أبيع، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل»[1].

١٣٢١٣- ومن هذا الجنس ثلاث مسائل: إحداها: هذه المسألة، الثانية: رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذى عليه العشرة دينارًا بعشرة دراهم، ودفع الدينار حتى وجب لكل واحد منهما على صاحبه عشرة، ثم جعلا العشرة التى هى ثمن الدينار قصاصًا بالعشرة التى كانت على بائع الدينار، يكون قصاصًا، وهذا استحسان أخذ به علماءنا الثلاثة، والقياس أن لا يصير قصاصًا، وهو قول زفر، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا جعلا بدل الصرف قصاصًا بدين، وجب قبل عقد الصرف استبدال ببدل الصرف، وليس باستيفاء؛ لأن علامة الاستيفاء قبض مال مضمون من جنس بدل الصرف بعد عقد الصرف لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، ولم يوجد قبض مثل هذا المال بعد عقد الصرف و إنما قضاء بائع الدينار ببدل الصرف دينًا وجب عليه قبل عقد الصرف؛ لأن صاحب آخر الدينين يكون قاضيًا لأولهما، وصاحب أول الدينين يكون مقتضيًا؛ لأن القضاء يتلو الوجوب، ولا يسبقه، ودين الصرف وجب آخر، فمتى جازت المقاصة جاز بائع الدينار قاضيًا ببدل الصرف دينًا كان عليه قبل عقد الصرف، وفى القضاء استبدال؛ لأنه يملك مكان بدل الصرف ما فى الذمة، والاستبدال ببدل الصرف لا يجوز، وعن هذا قالوا: إذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة، ثم أراد أن يتقاصا، وليس مال

---

(١) أخرجه الترمذى فى "سننه" (١٢٤٢) فى البيوع: باب ما جاء فى الصرف، وأخرجه ابن عبد البر فى "التمهيد" (٦/ ٢٩٢ و١٦/ ١٣)، وابن حبان فى "صحيحه" (٤٩٢٠)، والحاكم فى "المستدرك" (٢٢٨٥)، وابن الجارود فى "المنتقى" (٦٥٥)، والدارمى فى "سننه" (٢/ ٣٣٦ برقمه ٢٥٨٠) فى البيوع: باب الرخصة فى اقتضاء الورق من الذهب، والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٤٦٧).

السلم بدين كان واجبًا لرب السلم قبل عقد السلم لا يجوز ؛ لأنه استبدال برأس مال السلم، وكذا لو كان للمسلم إليه على رب السلم كر قبل عقد السلم هو مثل السلم، ثم حل السلم، فأراد أن يجعل المسلم فيه قصاصًا بما كان واجبًا للمسلم إليه على رب السلم قبل عقد السلم لايجوز، وإنما لا يجوز لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل القبض كذا ههنا.

ووجه الاستحسان من وجهين: أحدهما: لما أقدما على هذه المقاصة، فقد قصدا تصحيحها، وأمكن تصحيحها بتعليق العقد بتلك العشرة التى وجبت دينًا قبل عقد الصرف، فإن عقد الصرف بتلك العشرة جائز على ما بينا.

وكذلك طريقان: أحدهما: أن ينفسخ الصرف المرسل، وينعقد صرف آخر بتلك العشرة، كما لو باع بألف درهم، ثم باع بألفين، ويبقى أصل العقد المرسل، ولكن يتغير وصفه، فإنه إلى الآن كان منعقدًا بوصف الإطلاق، والآن ينعقد بتلك العشرة، وهما يملكان إبطال العقد، ويغيره، كما يملكان إبقاءه، فيضمن إقدامهما على هذه الحالة، والحالة هذه فسخ الصرف المرسل، وتجدد صرف آخر بتلك العشرة، أو تغير الصرف المرسل، وتعليق العقد بتلك العشرة، كما فى الزيادة فى الثمن، و [المثمن][(١)]، ولهذا لم تصح هذه المقاصة إلا بتراضيهما، وإن كان جنس الدين واحدًا ؛ لأن طريق تصحيح هذه المقاصة فسخ ما عقدا من الصرف المرسل أو تغيره، وفسخ العقد أو تغيره لا يصح إلا بعد وجود التراضى منهما، بخلاف السلم ؛ لأن تصحيح ما قصدا من السلم غير ممكن بالطريق الذى عيناه فى الصرف، وهو فسخ السلم المرسل، وإثبات سلم آخر، أو تغيره، وتعليقه بتلك العشرة، فإنهما لو صرحا بذلك، وقالا : فسخنا السلم، وجددنا بذلك الدين، لا يجوز ؛ لأن السلم بدين سبق وجوبه لا يجوز، ألا ترى أن من قال لغيره : أسلمت إليك العشرة الدين التى لى عليك فى كر حنطة لا يجوز، وفى الصرف لو صرحا بذلك يجوز ؛ لأن الصرف بدين سبق وجوبه يجوز، وهى المسألة الأولى.

الوجه الثانى : وفى هذا الوجه لا يحتاج إلى التعرض لفسخ العقد المرسل، ولا تغيره، ولكن نقول : القياس يأبى جواز هذه المقاصة، وإن تقاصا ؛ لأنه استبدال، وليس باستيفاء على ما مر، لكن تركنا القياس فيه بحديث عبد الله ابن عمر رضى الله عنهما، فإن فيه : "أن رسول الله ﷺ جوز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف"[(٢)] [ومتى جاز الصرف بدين وجب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

(٢) قد مرّ تخريجه.

عليه قبل عقد الصرف][1] يصير قاضيًا ببدل الصرف دينًا وجب عليه قبل عقد الصرف، علمنا أن قضاء دين وجب قبل عقد الصرف ببدل الصرف جائز، وإذا جاز هذا فى الصرف المضاف إلى الدين، فكذا فى الصرف المرسل، إلا أنه لم يجز هذه المقاصة قبل تراضيهما عليهما، وإن لم يثبت فسخ ما عقدا من الصرف على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة بحديث عبد الله ابن عمر بخلاف القياس، والحديث يقتضى الجواز حال وجود الرضى منهما؛ لأن الحديث ورد فى الصرف المضاف إلى الدين، والصرف المضاف إلى الدين لا يصح إلا بتراضيهما، فحال عدم التراضى يعمل فيه بقضية القياس، والقياس يأبى جواز هذه المقاصة، بخلاف السلم على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة فى السلم لو كان بدلالة حديث عبد الله بن عمر، لا بصريحه، وفى السلم صريح نص بخلافه، وهو قوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» وكان العمل فى المسلم بصريح النص أولى.

المسألة الثالثة: رجل باع من آخر ديناراً بعشرة دراهم، ودفع الدينار، ولم يقبض العشرة حتى وجبت لمشترى الدينار عشرة دراهم على بائع الدينار، فأراد مشترى الدينار أن يجعل ما وجب له قصاصًا بما وجب عليه من بدل الصرف، ورضى به بائع الدينار، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا تقاصا بدل الصرف بدين وجب بعد عقد الصرف، والجواب فيها أنه ينظر إن وجب هذا الدين بعد عقد الصرف بالغصب، أو القرض، بأن غصب أو استقرض بائع الدينار من مشترى الدينار عشرة دراهم، صار قصاصًا تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأنه وجد بعد عقد الصرف قبض حقيقى، وهو من جنس المستحق بعقد الصرف، وإنه قبض مضمون، فيعتبر واقعًا بجهة الصرف، ألا ترى أن مثل هذا فى السلم يجوز، حتى إن رب السلم إذا غصب من المسلم إليه بعد عقد السلم وبعد ما حل الأجل كرّا هو مثل المسلم فيه، أو استقرض كرّا هو مثل المسلم فيه، يصير قصاصًا تقاصا أو لم يتقاصا، وكذلك المسلم إليه إذا غصب من رب السلم، أو استقرض منه دراهم هى مثل رأس المال، يصير قصاصًا برأس المال، تقاصا أو لم يتقاصا، وأما إذا وجب هذا الدين بعد عقد الصرف بسبب الشراء، بأن باع مشترى الدينار من بائع الدينار ثوبًا بعشرة دراهم إن لم يجعلاه قصاصًا، لا يصير قصاصًا باتفاق الروايات، وإن جعلاه قصاصًا ذكر فى "الزيادات" وكتاب الصرف فى رواية أبى سليمان: أنه يصير قصاصًا، وذكر فى رواية أبى حفص: أنه لا يصير قصاصًا، وجه ما ذكر فى "الزيادات" وفى رواية أبى سليمان: أنهما لما أقدما على هذه المقاصة، فقد أنشأ عقد الصرف على هذا الدين، ومن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ضرورته انفساخ الصرف المرسل، وهذا لأنه لا صحة لهذه المقاصة إلا بعد انفساخ الصرف المرسل، وإنشاء صرف آخر على هذا الدين الواجب بعد عقد الصرف، ولو صرحا بذلك أليس أنه يجوز، كذا ههنا، وجه ما ذكر فى رواية أبى حفص: أن جواز هذه المقاصة بدين وجب قبل عقد الصرف عرف بخلاف القياس بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما، والحديث الوارد فى دين وجب قبل عقد الصرف لا يكون واردًا فى دين وجب بعد عقد الصرف؛ لأن ههنا صريح نصوص أخر بخلافه يوجب قبض بدل الصرف، وهو آثار الصحابة رضوان الله عليهم، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد ابن الفضل يميل إلى رواية "الزيادات".

وفى رواية أبى سليمان حكى ذلك عن القاضى الإمام الجليل أبو على النسفى، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى يميل إلى رواية أبى حفص.

ومما يتصل بمسائل المقاصة:

١٣٢١٤- وإن لم يكن من جنس مسائل هذا الفصل ما ذكر فى "المنتقى"، وصورتها: رجل له عند رجل وديعة، وللمودع على صاحب الوديعة دين هو من جنس الوديعة لم تصر الوديعة قصاصًا بالدين قبل أن يجتمعا عليه، وبعد ما اجتمعا عليه لا يصير قصاصًا أيضًا ما لم يرجع إلى أهله، فيأخذها، وإن كانت فى يده فاجتمعا على جعلها قصاصًا لا يحتاج إلى شيء غير ذلك، ومتى صار دينًا، صار قصاصًا، وحكم المغصوب إذا كان المغصوب قائمًا فى يد رب الدين، وحكم الوديعة سواء وحكم الدينين إذا كانا مؤجلين أنه لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما مؤجلا، والآخر حالا، أو كان أحدهما غلة، والآخر وضَحًا - والله أعلم-.

الفصل السابع عشر
فى بيع الموزون بجنسه، وبخلاف جنسه وبيع المكيل كذلك وما يتصل بهما

١٣٢١٥- ولا يجوز بيع الإناء المتخذ من الفضة بالدراهم إلا وزنًا بوزن، وكذلك لا يجوز بيع الإناء المتخذ من الذهب بالدنانير إلا وزنًا بوزن؛ لأن الصياغة فيه بمعنى الجودة، ولو كان أحد البدلين جيدًا والآخر رديئًا، لم يجز ما لم يتساويا وزنًا، قال عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديها سواء» فلم يخرج الفضة والذهب عن الوزن بالفضة حتى أثبت الربا بين المصوغ وغير المصوغ.

وفرق بين الفضة والذهب وبين الحديد والرصاص والصفر، حيث خرج هذه الأشياء بالصنعة عن حد الوزن حتى جوّز بيع إناء متخذ من حديد بحديد غير مصوغ كيف ما كان، وجوز بيع إناء متخذ من رصاص[1] برصاص غير مصوغ كيف ما كان، والفرق: أن وزن الذهب والفضة ثابت بالشرع، فما بقى الذهب والفضة يبقى الوزن معتبرًا، وبعد الصنعة بقى ذهب أو فضة، فيبقى الوزن معتبرًا، فهذا بيع موزون من جنسه، فلا يجوز إلا متساويًا، فأما الوزن فى الحديد والصفر والرصاص ما ثبت بالشرع، وإنما يثبت باصطلاح الناس، وما يثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاح آخر منهم، بخلاف الاصطلاح الأول، وقد اصطلحوا فى الأوانى المتخذة من هذه الأشياء وصار عدديا، فهذا عددى بيع بموزون، فيجوز متساويًا ومتفاضلا حتى قالوا: لو اعتادوا بيع الأوانى المتخذة من هذه الأشياء بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعه بغير المصوغ من جنسه إلا متساويًا.

وعن هذا قلنا: إن الناس إذا تعاملوا بين الأوانى المتخذة من هذه الأشياء بالعدد يجوز بيع الواحد منها بالاثنين، ولكن يدًا بيد، وفى الأوانى المتخذة من الذهب والفضة لا يجوز بيع الواحد بالاثنين، والطريق ما قلنا، والحديد كله نوع واحد جيده ورديه سواء، لا يجوز البيع إلا وزنًا بوزن؛ لأن الحكم فى الفرع ثبت على الوجه الذى ثبت فى الأصل، وهو الذهب والفضة وفى الذهب والفضة يجعل أنواع النقرة والذهب نوعا واحدًا، فكذا الحديد، فإن افترقا قبل التقابض لايبطل البيع؛ لأن هذا بيع وليس بصرف، ولكن يشترط أن يكون عينًا بعين لينتفى النسأ، وكذلك هذا الحكم فى سائر الموزونات، ولا بأس بالنحاس الأحمر بالشبه، الشبه

(١) وفى "م": من صفر بصفر غير مصوغ.

واحد، والنحاس اثنان يدًا بيد؛ لأن الشبه وإن كان من جنس النحاس، إلا أنه جعل فيها الأدوية والأخلاط حتى صار شبهًا، فيكون الشبه بمثل وزنه من النحاس، والباقي من النحاس بإزاء الأدوية والأخلاط.

فإن قيل: الأخلاط التي في الشبه صارت مستهلكة حتى لو باع الشبه بالأخلاط التي تجعل في الشبه يجوز كيف ما كان، فينبغي أن يكون لها عبرة، كالذهب إذا موّه به اللجام، لا يبقى للذهب عبرة، قلنا: بلى الأخلاط التي في الشبه صارت مستهلكة إلا أن ما اتصل به من الصبغ واللون مال متقوم يمكن أن يجعل زيادة النحاس بإزائه، كما في مسألة التمويه إذا بيع حديد مموه بذهب أو فضة بحديد غير مموه يجوز، وإن كان غير المموه أكثر، ويجعل زيادة الحديد بإزاء التمويه، والحاصل ما صار مستهلكًا من هذا الجنس لا يعتبر لجريان الربا إما بجعل معتبرًا في حق جعل الزيادة بمقابلته.

وكذلك لا بأس بالشبه بالصفر الأبيض الشبه واحد، والصفر اثنان يدًا بيد، ولا خير في هذا كله نسيئة؛ لأن الجنس والوزن يجمعهما، وبأحد الوصفين يحرم النسأ، فبمجموعهما أولى، قال: والرصاص والقلعي الجيد والأسرب رصاص كله بوزن، ولكن البعض أجود من البعض، فلا يجوز بيع البعض بالبعض إلا مثلا بمثل.

١٣٢١٦- وإذا باع الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بسيف محلى بفضة، وقبض أحدهما السيف الذي اشتراه [ولم يقبض الآخر السيف الذي اشتراه][(١)] حتى افترقا، فسد العقد في الكل، والأصل في جنس هذه المسائل أن في الأموال الربوية يصرف الجنس في المبادلات إذا لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة، وإذا كان فيه فساد المبادلة يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، وإنما وجب صرف الجنس إلى الجنس عند جواز العقد بالنص، وهو قوله عليه السلام: «الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل»[(٢)]، وقد جعل الجنس مستحقًا بالجنس حال جواز العقد، فإنه جعل الجنس بالجنس حالة المماثلة، وحال المماثلة في الأموال الربوية حالة جواز العقد، ونوع من المعنى يدل عليه، أنا لو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس، احتجنا إلى التقويم بآرائنا واجتهادنا، وإذا صرفنا الجنس إلى الجنس استغنينا عن الاجتهاد لا مزية لأحدهما على الآخر في المالية؛ لأن المالية تنشأ عن الذات، فإذا استويا في الذات، استويا في القيمة من حيث القطع، وإنما وجب صرف الجنس إلى خلاف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) قد سبق تخريجه.

الجنس إذا كان فى صرفه إلى الجنس فساد المبادلة ؛ لأن صرف الجنس إلى الجنس إذا لم يكن فيه فساد العقد بالنص ولا نص فيما إذا كان فى صرف الجنس إلى الجنس فساد العقد، فيطلب فيه دليل آخر، وقد وجد دليل آخر يوجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وهو ظاهر عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين مباشرة الصحيح والجائز من العقود، دون الفاسد، والجواز ههنا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا ثبت هذا فنقول: ليس فى صرف الحلية ههنا فساد العقد، أما إذا كانت الحليتان فى الوزن على السواء، فظاهر.

وأما إذا كان إحداهما أقل من الأخرى، فلأن أقلهما يكون بمثل وزنها من الأخرى، والباقى من الحلية التى هى أكثر، وجفنه ونصله بمقابلة الجفن والنصل من الآخر، فصرفنا الجنس إلى الجنس.

وإذا جعلنا هكذا كانت الحلية بالحلية، فإذا افترقا من غير قبض إحداهما، فقد بطل العقد فى حصة الحلية لوجود الافتراق قبل قبض بدلى الصرف، فيبطل فى الكل؛ لأن الكل بمنزلة شيء واحد، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم.

فإن قيل: إن لم يكن فى صرف الجنس إلى الجنس ههنا فساد العقد فى الحال، ففيه فساد العقد فى الثانى، وهو ما إذا افترقا من غير قبض أحدهما، وليس فى صرف الجنس إلى خلاف الجنس فساد العقد، لافى الحال، ولا فى الثانى؛ لأن العقد حينئذٍ لا يكون صرفًا أصلا، وكما يحتال لتصحيح العقد يحتال لإبقاء العقد على الصحة، ألا ترى أن من اشترى من آخر ثوبًا وعشرة دراهم بعشرين درهمًا، وقبض مشترى الثوب الدراهم، ونقد عشرة دراهم، ولم يقل أنها بمقابلة الدراهم، أو بمقابلة الثوب، يجعل بمقابلة الدراهم، أو بمقابلة الثوب يجعل بمقابلة الدراهم، وإنما جعل بمقابلة الدراهم إبقاء للعقد على الصحة، كذا ههنا؟

قلنا: إنما يحتال لبقاء العقد على الصحة إذا أمكن، أما إذا لم يمكن فلا، وهُنا لا يمكن، وهذا لأن الاحتيال لإبقاء العقد على الصحة بحكم ظاهر عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين أنه يقصد مباشرة العقد على وجه يبقى على الصحة، وبقاؤه على الصحة ههنا بصرف الجنس إلى خلاف الجنس، إلا أن فى هذا الظاهر تعارضا؛ لأن هذا الظاهر كما يقتضى صرف الجنس إلى خلاف الجنس، يقتضى صرف الجنس إلى الجنس، حتى يجب التقابض فى مجلس الصرف، فيحصل مقصود كل واحد منهما من عقد الصرف؛ لأن مقصود كل واحد منهما من عقد الصرف لا يتم إلا بالقبض، وليس أحد الظاهرين بالاعتبار بأولى من الآخر، إذ ليس فى اعتبار أحدهما فساد العقد، وفى اعتبار الآخر جوازه، فيسقط اعتبار كل

الظاهرين، ويعمل فيه بظاهر قوله عليه السلام: «الذهب بالذهب مثل بمثل» بخلاف ما ذكر من المسألة؛ لأن هناك الاحتيال لبقاء العقد على الصحة ممكن؛ لأنه لا تعارض فيما ذكرنا من الظاهر؛ لأن في جعل المنقود بمقابلة العشرة إبقاء العقد على الصحة، وليس في جعله بإزاء الثوب تفويت غرض المتعاقدين، فعملنا بالظاهر الذى قلنا: في صرف المنقود إلى العشرة إبقاء للعقد على الصحة، أما هنا بخلافه على ما ذكرنا.

١٣٢١٧- قال: وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بعينه بثوب وعشرة دراهم، وتفرقا قبل أن يتقابضا، بطل العقد فى الكل؛ لأن العشرة التى مع الثوب مصروفة إلى الحلية، إن كانت الحلية مثل وزنها، وإن كانت الحلية أكثر من وزنها يصرف العشرة إلى الحلية بمثل وزنها، والباقى من الحلية والنصل والجنس كله بمقابلة الثوب بناء على ما قلنا أن فى الأموال الربوية يصرف الجنس إلى الجنس إذا لم يكن فيه فساد العقد، وليس فى صرف الجنس إلى الجنس ههنا فساد العقد، فصارت العشرة بمقابلة الحلية، فإذا افترقا قبل العقد، بطل العقد فى حصة الصرف، فيبطل فى الباقى ضرورة لما قلنا.

١٣٢١٨- ولو باع من آخر ثوبًا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة، فالفضة تصرف إلى الفضة والثوب يصرف إلى الثوب، إذ ليس فى صرف الفضة إلى الفضة فساد العقد، ففعلنا كذلك، فإن افترقا قبل التقابض حتى فسد العقد فى الفضة بالفضة لايفسد فى الثوب بالثوب؛ لأن العقد فى الثوب بالثوب ليس بصرف، بخلاف مسألة السيف المحلى، فإن هناك إذا فسد العقد بحصة الصرف يفسد فى الباقى؛ لأن هناك لا يمكن تسليم الباقى إلا بضرر، ولهذا المعنى لم يجز بيع النصل والجفن بدون الحلية ابتداء، أما تسليم الثوب ممكن من غير ضرورة، والعقد فيه ليس بصرف، ففساد العقد فى الحلية لم يوجب فساد العقد فى الصرف، أما فى مسألة السيف فبخلافه على ما ذكرنا.

١٣٢١٩- ولو أن رجلا باع من آخر ثوبًا ودينارًا بثوب ودرهم، وتفرقا قبل التقابض، بطل العقد فيما يقابل الدينار من الدرهم والدرهم من الدينار، وجاز العقد فى الباقى، ولا يصرف فى الجنس إلى الجنس [الثوب إلى الثوب، وإن لم يكن فى صرف الجنس إلى الجنس فساد العقد؛ لأن صرف الجنس إلى الجنس][1] عرف بالحديث فى الأموال الربوية الذهب بالذهب، والثوب ليس بمال الربا، والدرهم والدينار وإن كانا مال الربا، إلا أنهما اختلفا جنسًا، وإذا لم يجب صرف البعض على التعيين إلى البعض ههنا عملا بقضية المقابلة،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والمقابلة مطلقة، وقضية المقابلة المطلقة انقسام كل جزء من أجزاء كل واحد من البدلين على كل جزء من أجزاء المبدل الآخر ، فقسمنا الدينار والثوب على الدرهم، والثوب باعتبار القيمة، فما أصاب الدينار من الدرهم يكون صرفًا، وما أصاب الثوب من الثوب يكون بيعًا، فيبطل حصة الصرف بالافتراق عن المجلس قبل القبض، ولا يبطل حصة الثوب من الثوب، إذ ليس فيه ما يوجب الفساد.

وإذا أردت معرفة طريق قسمة الثوب والدرهم على الثوب والدينار، فطريق ذلك: أن يقوم الثوب والدينار، فإن كان قيمة كل واحد منهما عشرة دراهم، صار نصف الثوب ونصف الدرهم بإزاء الثوب الذى مع الدينار، وصار نصف الثوب ونصف الدرهم بإزاء الدينار، فصار الثوب الذى مع الدينار مشترى بنصف [الثوب، والدرهم والدينار صار مشتريًا بنصف](١) ثوب قيمته خمسة ونصف درهم، فيجعل كل نصف درهم جزءً، فصار خمسة دراهم عشرة أجزاء، وصار نصف درهم جزءً، فصار نصف الثوب ونصف الدرهم على أحد عشر جزءً، وظهر أن الصرف إنما جرى فى جزء واحد من أحد عشر جزء من الدينار بنصف درهم، فإذا تفرقا قبل القبض، بطل هذا القدر من الدينار بنصف درهم، وجاز ما سوى ذلك، وإن أردت أن يقسم الدينار والثوب على الدرهم والثوب، فاقسم بالطريق الذى قلنا، وقوم المقسوم عليه، وهو الثوب والدرهم، وأما المقسوم وهو الثوب والدينار، فلا حاجة إلى تقويمهما، فإذا بطل العقد بحصة الصرف فى هذه المسألة، لا خيار لواحد منهما؛ لأن عيب التبعيض بفعل كل واحد منهما، وهو ترك القبض والتسليم، فيكون كل واحد منهما راضيًا بعيب التبعيض.

١٣٢٢٠ - ولو باع درهمًا وديناربن بدينار ودرهمين، صح العقد عندنا، ولا يصرف الجنس إلى الجنس [لأن فى صرف الجنس إلى الجنس](٢) فساد العقد.

١٣٢٢١ - ولو اشترى رجل من رجل مثقالا من فضة ومثقالا من نحاس بمثقالين من فضة وثلث مثاقيل من حديد، فهو جائز عندنا، ويجعل المثقال من الفضة بمثله من المثقالين، ويجعل النحاس الذى مع هذا المثقال بمثقال فضة، وثلث مثاقيل(٣) حديد، وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص يجوز، ويجعل مثقال صفر بمثقال صفر، والحديد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": وثلث مثقال.

بالرصاص.

١٣٢٢٢- وإذا اشترى إناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه، ولم يضرب له أجلا، وقبض الإناء، فهو جائز، إن دفع إليه الحديد قبل أن يتفرقا؛ لأن الحديد موزون، والموزون في الذمة إذا قوبل تعين يصير ثمنًا على ما مر في كتاب البيوع خصوصًا إذا صحبه حرف الباء، ويترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر، ولكن يشترط قبض الحديد قبل أن يتفرقا؛ لأن الوزن يجمعهما، والوزن في ثمنين أو مثمنين يحرم النسأ إلا أنه في المجلس عفو، وخارج المجلس ليس بعفو، هكذا ذكر المسألة في "الأصل".

وذكر شمس الأئمة السرخسي في "شرحه" تفصيلا، فقال: إن كان ذلك الإناء يباع في العادة [عددًا لا وزنًا، لا يشترط قبض الحديد في المجلس؛ لأن هذا افتراق عن عين بدين في جنسين مختلفين، وإن كان ذلك الإناء يباع وزنًا في العادة][1]، فلا بد من قبض الحديد في المجلس؛ لأنه بيع موزون بموزون من جنسه، والدينية فيه عفو قبل الافتراق، وليس بعفو بعد الافتراق، ولو قبض الحديد في المجلس، ولم يقبض الإناء حتى افترقا، فالعقد صحيح؛ لأن ما كان دينًا قد تعين بالقبض قبل الافتراق، والإناء عين، وترك القبض فيه قبل الافتراق لا يضر، وهو كمن اشترى رطلا من حديد بعينه برطل من رصاص بغير عينه، وقبض الحديد، ولم يقبض الرصاص حتى افترقا، فسد البيع، ولو قبض الرصاص، ولم يقبض الحديد، فالعقد صحيح، والمعنى ما ذكرنا، ولو كان كل واحد منهما بغير عينه فالعقد فاسد، تقابضا قبل الافتراق أو لم يتقابضا؛ لأن أحدهما مبيع، وهو الذي لم يصحبه حرف الباء، فيكون بائعًا ما ليس عنده، لا على وجه السلم، وروى عن محمد: إذا باع الدراهم بالدراهم، وفي أحدهما فضل من حيث الوزن، وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس، قال أبو حنيفة: لا بأس به، ويجعل المثل بالمثل، والباقي بمقابلة الفلوس، وقال محمد: يكره ذلك، قال: لأنا لو لم نكره ذلك ألف الناس التفاضل، واستعملوها في ما لا يحل، وسل الحديد بالحديد، والصفر بالصفر، وما يجري مجرى ذلك مما لا يجري فيه الربا بمنزلة الذهب والفضة في الوجوه كلها إلا في أصل واحد أن التقابض مستحق في بيع الذهب بالذهب أو الفضة، وغير مستحق في عقد ذلك إذا كان المعقود عليه عينًا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و "م".

الفصل الثامن عشر
فى تصرف المتصارفين فى ثمن الصرف قبل القبض

١٣٢٢٣ - إذا أبرأ أحد المتصارفين صاحبه من الدين الذى وجب له عليه بالعقد، أو وهبه، أو تصدق به عليه، فإن قبل الذى عليه انتقض الصرف، وإن لم يقبل بقى العقد على حاله، وهذا لأن المستحق بعقد الصرف القبض الحقيقى، والإبراء إسقاط، وليس بقبض، وسقوط الدين يتضمن فوات القبض، فيوجب انفساخ العقد، والعقد لا ينفسخ أحدهما، وإنما ينفسخ إذا اجتمعا على الفسخ، فإذا قبل صاحبه فقد ساعده على الفسخ، فانفسخ، وإن لم يقبل بقى العقد على حاله، ولو اشترى بها شيئًا، أو قبض عنه شيئًا من غير جنس الدين، فالبيع فاسد، وثمن الصرف على حاله يقبضه، ويتم العقد، وقال زفر: البيع الثانى جائز؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود فى إحدى الروايتين عن زفر، فلم يتعلق العقد بعين ذلك الثمن، وكان ذكر ما ذكر من بدل الصرف لبيان القدر والجنس، كأنه قال: اشتريت بمثل الدراهم التى فى ذمتك، وإنما نقول الدراهم، وإن كانت لاتتعين فى العقد، إلا أن تسليم الثمن واجب عليه، وقد عين لذلك بدل الصرف، وقد تعذر إثبات المقاصة بين بدل الصرف وبين بدل الثمن؛ لأنه يفوت القبض المستحق لبدل الصرف، فلغت الإضافة فى حق إثبات المقاصة، وبقى أثرها فى حق إسقاط وجوب التسليم، وإنه مفسد للعقد، ففسد البيع، وبقى الصرف[1] صحيحًا على حاله، ولو أخذ الدراهم أجود أو أرادا مما يخالفه فى الوصف، وذلك المقبوض يجرى مجرى الدراهم الواجبة بالعقد فى معاملات الناس جاز، وكان اقتضاء؛ لأنه من جنس حقه، وإن خالفه فى الصفة لا استبدالا، ولو وهب له، فلم يقبل الهبة، وأبى الواهب أن يأخذ ما وهب، أجبر على القبض؛ لأنه يريد فسخ العقد بالامتناع عن القبض، فلا يكون له ذلك، وسيأتى بعض مسائل هذا الفصل فى فصل المتفرقات.

---

(١) وفى "ظ": العقد.

الفصل التاسع عشر
فى بيع الصرف مرابحة

١٣٢٢٤- إذا باع الرجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار، وتقابضا، ثم باعه بربح درهم، أو بربح نصف دينار، فهو جائز، أما إذا باعه بربح نصف دينار، فلأنه يصير بائعًا قلب فضة وزنه عشرة بدينار ونصف دينار، وإنه جائز؛ لأن الجنس مختلف فلا يظهر الربح، وأما إذا باعه بربح درهم، فما ذكر من الجواب جواب ظاهر الرواية؛ لأنه يصير بائعًا القلب بدينار ودرهم، وذلك جائز؛ لأنه يجعل بإزاء الدرهم من القلب مثله، والباقى من القلب بإزاء الدينار، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يجوز؛ لأن الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على ما عليه الأصل، فلو جوزنا ذلك كان الدينار بمقابلة تسعة أعشار القلب، والدرهم بمقابلة تسعة أعشار القلب، والدرهم بمقابلة عشر القلب، فيكون بعض ما سمياه رأس المال ربحًا فى تسعة أعشار القلب، وبعض ما سمياه ربحًا رأس المال فى عشر القلب، وذلك تصحيح على غير الوجه الذى صرحا به، ولو كان قام عليه بعشرة دراهم، فباعه بربح درهم، لم يجز؛ لأنه بيع العشرة بأحد عشر، ولو ضم معه ثوبًا قام عليه بعشرة دراهم، فقال: قام على هذان بعشرين درهمًا، وأبيعهما بربح درهم، فذلك فاسد كله فى قول أبى حنيفة، وكذلك إذا باعه بربح ده يازده؛ لأن الربح انصرف إليهما؛ لأنه نص على بيعهما مرابحة، وإذا انصرف الربح إليهما فسد العقد فى حصة القلب لأجل الربا، والعقد صفقة واحدة، فيتعدى الفساد إلى الباقى، وعندهما يجوز فى حصة الثوب؛ لأن كل واحد منهما منفصل عن الآخر.

١٣٢٢٥- وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بألف درهم، وتقابضا، ثم باعهما مرابحة بربح مائة درهم، أو بربح ده يازده، فالعقد فاسد فى قول أبى حنيفة، وعندهما: يجوز فى الجارية دون الطوق، وقد ذكر الكرخى رجوع أبى يوسف إلى قول أبى حنيفة فى مسألة الطوق، واستدل به على رجوعه فى نظائره، وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع.

١٣٢٢٦- وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بمائة درهم، وحلية السيف خمسون درهمًا، وتقابضا، ثم إن المشترى باع السيف مرابحة بربح عشرين درهمًا، أو بربح ده دوازده، أو بربح ثوب بعينه، أو ما أشبه ذلك لا يجوز؛ لأن الحلية حصة من الربح، فيصير

بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل، وأنه ربا، ففسد العقد فى حصة الحلية، فيفسد فى الباقى ضرورة -والله أعلم-.

فإن قيل: كان يجب أن يصرف الربح إلى الجفن والنصل والحمائل دون الحلية، وإن باع السيف مرابحة؛ لأن اسم السيف ينطلق على النصل بدون الحلية، فيجعل كذلك تحريا للجواز، فيكون العقد على الحلية مساومة وعلى ما وراء ذلك مرابحة، ألا ترى أن ماذكر محمد أن من اشترى من آخر سيفًا محلى بفضة بمائة درهم، وحلية السيف خمسون درهمًا، ثم إن البائع قال للمشترى: حططت عنك من ثمن السيف درهمًا، كان الحط عن ثمن النصل والجفن؛ لأن اسم السيف ينطلق على النصل وحده، فيصرف الحط إليه تحريا للجواز، كذا ههنا.

والجواب عن هذا الإشكال من وجهين: أنا جعلنا كذلك صار العقد الواحد عقدين؛ لأن بمقدار الحلية يصير البيع تولية بمقدار الجفن، والنصل يصير مرابحة، وجعل العقد الواحد عقدين خلاف الأصل، ولأنه خلاف ما صرحا به؛ لأنهما جعلا الربح فى ثمن السيف ده يازده، وإذا جعلنا جميع الربح بإزاء السيف، كان الربح فى ثمن السيف ده دوازده.

الجواب الثانى: أنه إنما يحتال لتصحيح العقد إذا لم يصرح المتعاقدان بالفساد، وههنا صرحا بالفساد لما قالا ببيع هذا السيف بربح ده دوازده، وهذا لأن بيع المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، ولهذا قالوا فى رجلين اشتريا عبدًا، اشترى أحدهما نصفه بمائة، والآخر اشترى نصفين بخمسين، ثم باعه مرابحة، انقسم الثمن عليهما على قدر ثمنهما فى العقد الأول، لا على قدر ملكهما فى العبد، وإذا كان بيع المرابحة بيعًا بالثمن الأول وزيادة يصير الثمن الأول مذكورًا من حيث المعنى، فيعتبر بما لو كان مذكورًا نصًا، بأن قال: بعتك هذا السيف بربح ده دوازده على المائة، ولو صرح بذلك كان ذلك تصريحًا بالفساد؛ لأنه جعل الربح على المائة كلها، فكذا إذا صارت المائة مذكورة معنى، فأما فى مسألة الحط لم يصرحا بالفساد؛ لأن الحط صحته لا يبتنى على الثمن الأول، حتى تصير المائة التى هى ثمن السيف مذكورة معنى، فيكون تنصيصًا على الفساد من حيث إنه أضاف الحط إلى المائة، بقى هذا حطا عن ثمن السيف من غير ذكر الثمن الأول، واسم السيف يقع على النصل والجفن والحمائل، كما يقع على النصل، فصرفنا الحط إلى النصل والجفن تحريًا للجواز، أما ههنا بخلافه على ما مر، قال: واللجام المموه بالفضة أو الذهب لا بأس ببيعه مرابحة؛ لأن الذهب أو الفضة كل واحد منهما يصير مستهلكًا بالتمويه، ألا يرى أنه لا يتخلص، فلا يتمكن الربا باعتباره.

١٣٢٢٧- ولو أن رجلا اشترى قلب فضة بعشرة دراهم، وفيه عشرة دراهم، واشترى رجل آخر ثوبًا بعشرة دراهم، ثم باعهما جميعًا القلب والثوب مرابحة بربح أحد عشر درهمًا، يفسد العقد فى حصة الحلية، ويكون الربح مصروفًا إليهما، ولا يصرف إلى الثوب خاصة لما ذكرنا فى المسألة الأولى، ولا يتعدى الفساد إلى الثوب[1]، هكذا ذكر المسألة فى الكتاب، ولم يحك فيها خلافًا، أما على قولهما: فظاهر، وأما على قول أبى حنيفة: فلأن الصفقة ههنا صفقتان؛ لأن ملك كل واحد منهما فيما باع متميزًا عن ملك صاحبه، وثمن ملك كل واحد منهما ممتاز عن ثمن ملك صاحبه؛ لأن ثمن ملك كل واحد منهما صار مسمى بسبب البيع مرابحة؛ لأنه بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، ولو كان المبيع مشتركًا بينهما، وباعاه جميعًا، إلا أن كل واحد منهما سمى نصيبه ثمنًا على حدة، بأن كان عبدًا مشتركًا بين اثنين، وقالا لرجل: بعناك هذا العبد بألف على أن يكون نصيب هذا بكذا، ونصيب هذا بكذا، كان صفقتان، فإذا لم يكن الملك فى المبيع مشتركًا بينهما، وقد سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنًا على حدة أولى، وإذا كان العقد صفقتان، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الأخرى، قال: وكذلك لو كان القلب والثوب لرجل واحد، فقد عطف هذه المسألة على المسألة الأولى، وإنما يصح هذا العطف على المسألة الأولى على قولهما؛ لأن الجواب على قولهما: لا يختلف بين هذه المسألة والمسألة الأولى، أما على قول أبى حنيفة: الجواب مختلف بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى؛ لأنهما متى كانا لواحد فسد العقد كله على قول أبى حنيفة؛ لأن الصفقة تكون واحدة؛ لأن ملك المبيع لواحد، وقد باعه جملة من واحد، فكانت الصفقة واحدة، فإذا فسد فى البعض فسد فى الباقى عند أبى حنيفة، والدليل على أن الجواب فى هذه المسألة على قولهما أنه نص على قول أبى حنيفة بعد هذه المسألة فى مثل هذه المسألة، بخلاف ما ذكر فى هذه المسألة، وصورة ما ذكر بعد هذه المسألة:

١٣٢٢٨- إذا اشترى الرجل من آخر ثوبًا وقلبًا بمائة درهم، ووزن القلب خمسون على أن يكون ثمن القلب نسيئة، وثمن الثوب حالا، فسد العقد كله عند أبى حنيفة؛ لأنهما صفقة واحدة، وقد فسد بعضه لربا النسأ، فيفسد الباقى عنده، وفى مسألتنا فسد البعض لربا الفضل، فأولى أن يفسد الباقى؛ لأن ربا الفضل أقوى من ربا النسأ، ولو باعهما بوضيعة ده يازده، أو بوضيعة ده دوازده، فالجواب فيه كالجواب فيما إذ باعهما مرابحة؛ لأن الوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان، والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة، قال: ولو ضم القلب

---

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى الأصل و"ظ" و"م": الفساد مكان الثوب.

والثوب، وقال : أبيعكهما بزيادة درهم على عشرين درهمًا، كان جائزًا، وتصرف الزيادة كلها إلى الثوب خاصة، ولا يصرف شيء منها إلى القلب، بخلاف ما إذا قال : أبيعكهما بربح ده يازده، فإن هناك يصرف الربح والقلب إلى الثوب جميعًا، والفرق في قوله : أبيعكهما بزيادة درهم على عشرين درهمًا، لم ينسب العشرين إلى رأس المال، ولا إلى ما قاما عليه به، وكان هذا بيع مساومة، وفي بيع المساومة مقابل الفضة بمثل وزنها، ويجعل الربح كله بمقابلة الثوب تحريًا للجواز، إذ ليس فيه ما يمنعنا من أن نجعل بمقابلة الفضة بمثل وزنها، وجميع الربح بمقابلة الثوب، أما في قوله : أبيعكهما بربح ده يازده نص على بيع المرابحة فيهما، وفي بيع المرابحة لا بد من اعتبار الثمن الأول، فكأنه قال : بعتكهما مرابحة بربح درهم على العشرين، وعند ذلك لا يمكن جعل جميع الربح بمقابلة الثوب -والله تعالى أعلم- .

الفصل العشرون
فى الصرف فى دار الحرب

١٣٢٢٩- إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان أو بغير أمان، وعقد مع حربى عقد الربا، بأن اشترى درهمًا بدرهمين، أو اشترى درهمًا بدينار إلى أجل، أو باع منهم خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة أو دما بمال، قال أبو حنيفة ومحمد: ذلك كله جائز، وقال أبو يوسف: لا يجوز من المسلم وأهل الحرب فى دار الحرب إلا ما يجوز من المسلمين، والصحيح قولهما؛ لأن مال الحربى على الإباحة الأصلية، إلا أن الذى دخل دارالحرب أمان، التزم أن لا يتعرض لهم، ولما فى أيديهم إلا برضاهم، فحرم عليه الأخذ بدون رضاهم تحرزًا عن العذر[1] والخيانة، فإذا أعطوه برضاهم، فقد انعدم العذر[2] والخيانة، فيأخذه المسلم بحكم الإباحة الأصلية، وتأثير المعاقدة فى تحصيل الرضا بالأخذ لا فى التملك، ورأيت فى بعض الكتب أن هذا الاختلاف فيما إذا اشترى منهم درهمين بدرهم، أما إذا اشترى منهم درهمًا بدرهمين، لا يجوز بالاتفاق؛ لأن فيه إعانة لهم بقدر الدرهم الزائد، وميزه فى حقهم بذلك القدر، وقد نهينا عن ذلك، وإن عاقد هذا المسلم الذى دخل بأمان رجلا أسلم هناك، ولم يهاجر عقد الربا، جاز فى قول أبى حنيفة، ولم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد، وهذا فرع اختلافهم فى حكم مال من أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر إلينا، فإن ماله عند أبى حنيفة على حكم الإباحة ما لم يحرزه بدارالإسلام لو أتلفه مسلم، لاضمان عليه، وعندهما أنه على العصمة، كمال المستأمن، والمسألة قد مرت فى كتاب السير.

١٣٢٣٠- ولو دخل مسلمان دار الحرب، فتبايعا ثمه درهمًا بدرهمين، لا يجوز؛ لأن مال كل واحد منهما معصوم فى حق صاحبه، وكان التملك بالعقد، وهذا العقد فاسد.

١٣٢٣١- ولو أسلم حربيّان فى دار الحرب، وتبايعا درهمًا بدرهمين، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: كرهت ذلك لهما، ولا آمرهما بالرد، وقال أبو يوسف ومحمد: يؤمران بالرد، والحكم فى حقهما كالحكم فى المستأمنين من المسلمين فى دار الحرب عندهما، فأبو حنيفة يقول: بالإسلام قبل الإحراز أثبتنا العصمة فى حق الإمام دون الأحكام، ألا ترى أن

(١) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا، لعله: الغدر.

(٢) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا، لعله: الغدر.

أحدهما لو أتلف مال صاحبه، أو نفس صاحبه، لم يضمن، وهو آثم فى ذلك، فإنما ثبت العصمة فى حق الأحكام بالإحراز بدارالإسلام على ما عرف، فلثبوت العصمة فى حق الآثام كره لهما هذا الصنع، ولعدم العصمة فى حق الحكم قلنا: لا يؤمران بالرد، ولو أن تاجرًا من المسلمين أعطى رجلا من أهل الحرب ألفى درهم بألف درهم[1] نسيئة، كان جائزًا؛ لأن ربا الفضل لما لم يجر بين الحربى والمسلم، فربا النسيئة أولى.

١٣٢٣٢- ولو أن حربيًا باع من حربى درهمًا بدرهمين، ثم خرجا إلى دار الإسلام مسلمين أو ذميين، واختصما إلى القاضى، فإن كان ذلك بعد التقابض، فالقاضى لا يتعرض لذلك، ولا يطل؛ لأن الإسلام ورد، والحرام بعقد المعاوضة مقبوض، فيلاقيه الإسلام بالعفو، قال الله تعالى: ﴿عَفَى اللهُ عَمَّا سَلَفَ﴾[2] وإن كان ذلك قبل التقابض، فإن القاضى يبطله؛ لأن الإسلام ورد، والحرام بعقد المعاوضة غير مقبوض، فيلاقيه الإسلام بالرد، قال الله تعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنتُم مُؤمِنِينَ﴾[3]، وقال عليه الصلاة والسلام: «كل ربا كان فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمى هاتين فأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب»[4] وكان العباس قد أربى فى حال كفره وأسلم قبل القبض، فوضعه رسول الله ﷺ، وكذلك لو عاقدًا عقد الربا فى دار الحرب، ثم خرجا إلى دار الإسلام قبل أن يتقابضا، ثم تقابضا فى دارالإسلام، ورافعًا إلى القاضى، فالقاضى يرد ذلك أيضًا؛ لأنهما لو أربيا فى دارالإسلام، واختصما إلى القاضى، فالقاضى يرد ذلك، فكذا إذا أربيا فى دارالحرب، وتقابضا فى دار الإسلام؛ لأن للقبض شبهًا بابتداء العقد -والله أعلم-.

(١) وفى "م": بألف دينار.

(٢) سورة المائدة: الآية ٩٥.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٨.

(٤) أخرجه ابن خزيمة فى "صحيحه" (٢٨٠٩) كتاب الحج: باب ذكر البيان أن النبى ﷺ إنما خطب بعرفة، وابن حبان فى "صحيحه" (٩/ ٢٥٧)، وأبو نعيم فى "المسند المستخرج" (٢٨٢٨)، والترمذى فى "سننه" (٣٠٨٧)، والبيهقى فى "الكبرى" (٩/ ١٠٦ برقمه: ١٨٠٠٨) فى البيوع: باب بيع الدرهم بالدرهمين، وفى الحج: باب حجة رسول الله ﷺ فى "سنن ابن ماجه" وغيرها.

الفصل الحادى والعشرون
فى الصرف فى الغصب والوديعة

١٣٢٣٣- وإذا غصب الرجل من آخر قلب فضة، أو ذهب، واستهلكه، فعليه قيمته مصوغًا من خلاف جنسه؛ لأنه تعذر تضمينه بمثله؛ لأن القلب ليس من ذوات الأمثال، وتعذر تضمينه من جنسه غير مصوغ؛ لأنه يؤدى إلى إبطال حق المغصوب منه فى الصنعة والجودة، وتعذر تضمينه من جنسه مصوغًا؛ لأنه يؤدى إلى الربا؛ لأنه يصل إلى صاحب القلب مثل وزن القلب وزيادة، فإذا تعذر تضمينه بهذه الوجوه تعين تضمينه مصوغًا من خلاف جنسه؛ [لأنه لا يؤدى إلى الربا، ولا إلى تفويت حق المغصوب منه فى الجودة، ثم إذا ضمنه القاضى قيمته من خلاف جنسه][1] صار القلب ملكًا له بالضمان على ما عرف، فبعد ذلك ينظر إن قبض المغصوب منه القيمة قبل أن يفترقا، بقى التضمين صحيحًا بالإجماع، وإن تفرقا قبل قبض القيمة، فكذا لا يبطل التضمين عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، فكان ينبغى أن يبطل، وهو شبهة زفر رحمه الله تعالى فى المسألة، ووجه ذلك أن هذا صرف ثبت حكمًا لإيجاب الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل، فيشترط له التقابض، كما لو ثبت الصرف قصدا، والجواب وهو قول علمائنا: إن قضاء القاضى بقيمة العين عند تعذر رد العين بمنزلة قضائه برد العين حال قيام العين، لكون القيمة قائمة مقام العين، ثم القاضى لو قضى على الغاصب برد عين القلب، لا يشترط القبض فى المجلس، فكذا إذا قضى برد القيمة، ولأن هذا صرف يثبت حكمًا للضمان الواجب بالغصب لا مقصودًا، وما ثبت حكمًا لغيره لا مقصودًا لا يراعى له من الشرائط ما يراعى له لو ثبت مقصودًا، ألا ترى أن قيام المضمون حالة التضمين ليس بشرط لصحة التضمين مع أن بالتضمين تثبت المعاوضة؛ لأن هذه المعاوضة تثبت حكمًا للتضمين لا مقصودًا، فلم يشترط لها ما يشترط لو كان تثبت هذه المعاوضة قصدا، وبيان أن هذه المعاوضة تثبت حكمًا أن المعاوضة لا بد لها من صنع من جهة المتعاوضين، والموجود من الغاصب الغصب، والغصب نفسه ليس بموجب للملك فى المغصوب للغاصب، وإنما هو موجب للضمان على الغاصب، ثم من ضرورة وجوب الضمان على الغاصب زوال المغصوب عن ملك المغصوب منه إلى ملك الغاصب، كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" و "ظ".

شخص واحد، فهو معنى قولنا: إن هذه معاوضة تثبت حكمًا، وإنما جعلنا هذه المعاوضة حكمًا لوجوب الضمان [لأنها تثبت بنفس وجوب الضمان][(١)] من غير أن يتخلل بين الضمان والمعاوضة فعل فاعل مختار، وحكم الشىء ما يثبت عقيب ذلك الشىء من غير تخلل واسطة اختيارية، والتقريب ما ذكرنا، وكذلك إذا اصطلحا على القيمة، فهو على الخلاف، ولو أخر القيمة عنه شهرًا، جاز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى.

١٣٢٣٤ - وإذا غصب رجل من آخر ألف درهم، ثم اشتراها منه بمائة دينار، وقبض المائة قبل أن يتفرقا جاز، وإن لم يكن الدراهم فى يده وقت الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، وكذلك إن صالح منها على مائة دينار، وقبض المائة الدينار قبل أن يتفرقا؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق بمعنى الشراء، فقد وجد قبض البدلين فى مجلس العقد، أحدهما حقيقة، والآخر حكمًا، ثم يستوى فى هذا أن تكون الدراهم قائمة فى منزل الغاصب أو كانت مستهلكة، ففى الحالين جميعًا يجوز الشراء بمائة الدينار، إذا قبضت المائة فى المجلس، أما إذا كانت قائمة، فلأن الغاصب قابض لها بيده، وإن كانت مستهلكة، فلأنه قابض لها بذمته، وكذلك لو كان الذى غصبه إناء فضة، ثم اشتراه الغاصب من المغصوب منه، أو صالحه على جنس حقه، أو على خلاف جنس الدينار، فالشراء لا يجوز قياسًا واستحسانًا، سواء كان المغصوب قائمًا أو مستهلكًا، وأما الصلح فإن كان المغصوب مستهلكًا حقيقة، بأن أحرقه الغاصب، أو حكمًا بأن كان معينًا، وحلف الغاصب، وتفرقا قبل قبض البدل، القياس أن يبطل الصلح، وفى الاستحسان: لا يبطل، ولو كان المغصوب قائمًا فى يد الغاصب، وهو مقر به، ولا يمنع المالك من أخذه لا يجوز الصلح قياسًا واستحسانًا، وجه الاستحسان وهو الفرق بين البيع والصلح إذا كان المغصوب مستهلكًا أن فى الصلح إن تعذر العمل بلفظة الصلح باعتبار المبادلة من حيث إن قبض البدل قبل الافتراق شرط المبادلة، كما فى البيع، أمكن العمل لمجازه، بأن يجعل الصلح كناية عن التضمين، ويصير معنى قوله: صالحتك بمنزلة قوله: ضمنتك قيمته من خلاف جنسه، أو من جنسه بمثل وزنه غير مصوغ، فإن له أن يضمنه مثل وزنه من جنسه غير مصوغ، وقبض القيمة ليس بشرط لصحة التضمين عند علمائنا الثلاثة على ما بينا، فيجعل كذلك، وإنما قلنا: أمكن الصلح بمجازه، وهو التضمين؛ لأن بين الصلح والتضمين موافقة من حيث المعنى الخاص؛ لأن الصلح أخذ بعض الحق، وترك البعض؛ لأنه أخذ الحق من حيث المعنى، وترك الحق من حيث الصورة، وحق المغصوب منه فى الصورة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

معتبر حتى لا يكون للغاصب حال قيام المغصوب أن يمسك المغصوب، ويعطيه مثله، فثبت أن فى الصلح معنى التضمين، فعند تعذر العمل به باعتبار المبادلة يجعل كناية عن التضمين تصحيحًا له، والتقريب ما ذكرنا، بخلاف ما إذا كان المغصوب قائمًا بعينه، والغاصب مقر به لا يمنع المالك عن أخذه؛ لأن هناك لا يمكن أن يجعل الصلح كناية عن تضمين القيمة، إذ ليس له حق تضمين القيمة، والحالة هذه، ولايمكن تصحيحه بطريق المبادلة؛ لأن قبض البدل فى المجلس فى المبادلات شرط، ولم يوجد، ولا يمكن تصحيحه بطريق استيفاء البعض، والإبراء عن البعض؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل، فأما إذا كان المغصوب مستهلكًا، فللمالك حق تضمين الغاصب، فيمكن تصحيح الصلح باعتبار معنى التضمين، فصححناه كذلك، فأما فى فصل البيع كما تعذر العمل بحقيقته، وهو المبادلة؛ لأن قبض البدلين فى المبادلات شرط، ولم يوجد تعذر العمل لمجازه، بأن يجعل كناية عن التضمين أيضًا؛ لأنه ليس فى البيع معنى التضمين؛ لأن التضمين أخذ بعض الحق، وترك بعض الحق، وليس فى البيع هذا المعنى؛ لأن قبل البيع لم يكن لواحد منهما على صاحبه حق، إنما وجب الحق بالبيع، وما وجب بالبيع استوفاه بكماله، فليس فيه معنى أخذ بعض الحق وترك البعض، فكما تعذر العمل بحقيقة البيع مبادلة، تعذر جعله مجازًا عن التضمين، أما فى الصلح معنى التضمين؛ لأن قبل التضمين إذا كان العين قائمًا، فللمالك أخذ العين، وبعد ما هلك، وعجز المالك عن أخذ العين إذا ضمنه، فقد أخذ بعض الحق وترك البعض، فكان فى الصلح معنى التضمين من الوجه الذى بينا، والتقريب ما مر.

١٣٢٣٥- ولو أن رجلا أودع رجلا ألف درهم، وقبضها المودع، ووضعها فى بيته، ثم التقيا فى السوق، فباع صاحب الوديعة دراهم الوديعة من المودع بمائة دينار، وقبض صاحب الوديعة الدينار، وافترقا قبل أن يجدد المودع فى الوديعة قبضًا، فقد بطل البيع؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض أحد البدلين؛ لأن المودع بنفس الشراء لايعتبر قابضًا الوديعة بجهة الشراء؛ لأن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء، وقد مرّ هذا فى كتاب البيوع، بخلاف ما إذا كان مكان الوديعة غصبًا؛ لأن هناك الغاصب يصير قابضًا المغصوب بجهة الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء؛ لأن كل واحد منهما قبض ضمان، وقد مر هذا فى كتاب البيوع -والله أعلم-.

الفصل الثانى والعشرون
يشتمل على الإجارة وعلى الصرف ويدخل فيه استهلاك المشترى فى عقد الصرف قبل القبض

١٣٢٣٦- إذا دفع إلى رجل لجامًا مموهة بفضة وزنًا معلومًا يكون قرضًا على الدافع، ويعطيه الدافع أجرًا معلومًا على ذلك، فهو جائز، يلزمه الأجر والقرض، أما جواز الإجارة، فلأنه استأجره بعمل معلوم ببدل معلوم، وأما جواز القرض فلأنه استقرض منه فضة معلومة، فصار قابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بملكه، فيكون قرضًا صحيحًا، والقياس أنه يلزمه قيمة ماء الفضة؛ لأنه إنما يصير قابضًا لما اتصل بملكه، والمتصل بملكه ماء الفضة لا عين الفضة، فينبغى أن يلزمه قيمة ماء الفضة، لا عين الفضة من هذا الوجه، إلا أنا تركنا القياس لمكان التعامل، فإن التعامل فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا استقراض عين الفضة، [لا استقراض ماء الفضة، والقياس يترك بتعامل الناس، وإن اختلفا فى مقدار ما صنع فيه من الفضة][1]، فالقول قول رب اللجام مع يمينه على علمه؛ لأن العامل يدعى عليه إيفاء جميع العمل، وإقراض جميع ما استقرض منه صاحب اللجام، وصاحب اللجام ينكر، وإنما استحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير، وإن قال: موهه بمائة درهم فضة على أن أعطيك ثمنها كذا، وأجرة عملك عشرة دنانير، وافترقا على ذلك، قال فى الكتاب: هو فاسد.

واعلم بأن هذه المسألة اشتملت على الصرف والإجارة؛ لأن صاحب اللجام جعل بعض الدنانير بإزاء الفضة، فيكون صرفًا، فيفسد بالافتراق قبل قبض البدلين، وجعل البعض بإزاء العمل، فيكون إجارة، والإجارة مما تبطل بالافتراق قبل القبض، وليس من ضرورة بطلان الصرف بطلان الإجارة؛ لأن الإجارة ما كانت مشروطة فى الصرف، بل الصرف كان مشروطا فى الإجارة، فبقيت الإجارة جائزة، وتبين أن المراد من المذكور فى الكتاب هو فاسد أن الصرف فاسد، ثم قال فى الكتاب: فإن عمله كان له على صاحب اللجام فضة مثل وزن الفضة، وأجر [مثل وزن الفضة وأجر][2] مثل عمله، أما على صاحب اللجام فضة مثل وزن الفضة؛ لأن صاحب اللجام صار قابضًا الفضة حين اتصلت بملكه بسبب صرف فاسد،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

والمقبوض بحكم العقد الفاسد واجب الرد، وعند تعذر رد العين يجب رد المثل فيما كان من ذوات الأمثال، ثم قال: وللعامل على صاحب اللجام أجر مثل عمله، هكذا ذكر الحاكم الشهيد فى المختصر، فقد أوجب أجر مثل العمل، وهذا لأنه فساد الإجارة، وفى الأصل يقول له أجر مثل من الدنانير إذا قسمت الدنانير على أجر مثله، وعلى المائة الدرهم، فقد أوجب بعض المسمى، وأنه دليل صحة الإجارة، وهذا هو الصحيح؛ لأن الإجارة جائزة، وذكر أجر المثل فى الكتاب ليس لبيان أن الواجب أجر المثل، وإنما هو لبيان قدر الواجب من المسمى، يعنى له حصة أجر المثل من الدنانير المسماة، وتفسير ذلك أن يقسم الدنانير العشرة على المائة الفضة وعلى أجر مثل عمله؛ لأن الدنانير العشرة قوبلت بشيئين: الفضة وبعمله، فيقسم عليهما باعتبار القيمة، فما أصاب الفضة يكون صرفًا، وما أصاب أجر المثل يكون بمقابلة العمل حتى إنه إذا كان قيمة الفضة وأجر مثل عمله على السواء، ينقسم العشرة الدنانير نصفان، فأجر المثل اعتبر لمعرفة حصة العمل من المسمى، لا لأن الواجب أجر المثل، هذه الجملة من باب الإجارة بالتمويه، وفى باب الإجارة بالصناعة إذا شرط على العامل ذهب التمويه، فشرط له أجر درهم، ولم يبين مقدار ذهب التمويه، فلا خير فيه.

قال: وكذلك إذا شرط مقدار ذهب مجهول، بأن قال: على أن يموهه بقيراط ذهب فلا خير فيه، أما إذا لم يبين، فلأن مقدار ذهب التمويه مجهول، ولأن ما يدل من الأجر مقابل بذهب التمويه والعمل، فما يخص الذهب يكون صرفًا، ولم يوجد فيه قبض أحد البدلين فيه، فيفسد، وإذا فسد الصرف فسدت الإجارة؛ لأن هذه إجارة شرط فيها صرف فاسد، وأما إذا بين مقدار ذهب التمويه، فإنما لا يجوز للمعنى الثانى، قال: إلا أن يقبض الآجر الدرهم، ويقبض المستأجر القيراط من الأجير، ثم يدفعه إليه، ويقول له: موهته به، فحينئذ يجوز، وكان ينبغى فى هذه الصورة أن لا يجوز أيضًا؛ لأن هذه إجارة شرط فيها صرف، فكان صفقة فى صفقة، لكن جوزنا ذلك لتعامل الناس.

١٣٢٣٧- فرّع على مسألة باب الإجارة فى الصناعة، فقال: لو استأجر بعرض أو ما أشبهه على أن يموه لجامه، وشرط ذهب التمويه على الأجير، وبين مقداره، فهو جائز، وإن لم يتقابضا؛ لأن ما يخص الذهب من العرض يكون بيعًا، وما يخص العمل يكون إجارة، وقبض الثمن والأجرة قبل الافتراق ليس بشرط.

١٣٢٣٨- ولو دفع إلى رجل عشرة دراهم فضة، وقال: إخلط لى فيها خمسة دراهم فضة، ثم صغها كلها قلبًا، ولك أجر كذا وكذا، ففعل ذلك، فهو جائز؛ لأنه استقرض من

العامل خمسة دراهم، وصار قابضًا لها حكمًا للاختلاط بملكه، ألا يرى لو هلكت بعد الخلط، هلكت من مال الآمر، ثم استأجره للعمل فى ملكه ببدل معلوم، وذلك جائز، فقد جعل الخمسة قرضًا فى هذه المسألة، وفى المسألة الأولى لم يجعل فى هذا الفصل ما كان من عقد التعامل قرضًا، وإنما جعله صرفًا؛ لأن فى المسألة الأولى نص على الصرف، حيث قال: على أن أعطيك ثمنه وأجر عملك كذا، وههنا لم ينص على الصرف، فإنه لم يذكر الثمن، إنما ذكر لفظًا محتملا، وهو قوله: اخلط لى فيها خمسة من عندك، وهذا يحتمل ثلاثة أشياء: الهبة والقرض والصرف، غير أن الهبة منتفية لما فيها من إلحاق الضرر للعامل مع الاحتمال، فبقى القرض والصرف، وتعيين القرض أولى؛ لأنه أدنى؛ لأنه بمعنى العارية؛ لأنه تمليك المنفعة يرد مثله، وليس فيه ضرر، وفى الصرف تمليك الرقبة والمنفعة جميعًا، وكان القرض أدنى، فجعلناه مستقرضًا للخمسة قابضًا لها حكمًا لاتصالها بملكه، ولو لم يدفع إليه الفضة، ولكن قال له: صغ لى قلبًا من عندك بعشرة دراهم، فهذا باطل؛ لأنه استأجر للعمل فى ملكه؛ لأن القرض لا يفيد الملك إلا بالقبض حقيقة باليد، أو حكمًا لاتصاله بملكه، ولم يوجد.

١٣٢٣٩- وإذا اشترى من آخر قلب فضة بدينار، ودفع الدينار، ولم يقبض القلب حتى جاء رجل، وأحرق القلب، واختار المشترى فسخ العقد، وأخذ ديناره من البائع، وكان للبائع أن يبيع المحرق بقيمة القلب، وإن اختار المشترى إمضاء العقد، واتباع المحرق بقيمة القلب، وأخذ منه قيمة القلب قبل أن يفارق البائع المشترى، جاز الصرف؛ لأن قبض قيمة القلب كقبض القلب، إلا أنه يتصدق بما زاد على الدينار إن كان ثمه زيادة؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وإن لم يقبض القيمة حتى فارقه البائع، بطل البيع، وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب، وهذا قول محمد، وكان أبو يوسف يقول أولا: بقول محمد، ثم رجع، وقال: لا يبطل الصرف، والحاصل أن على قول محمد -وهو قول أبى يوسف الأول-: اختيار المشترى اتباع المحرق لا يكون قبضًا منه، وعلى قول أبى يوسف الآخر: يكون قبضًا منه، وقول أبى حنيفة نظير قول أبى يوسف، ذكر قول أبى حنيفة فى "الجامع الكبير" فى مثل هذه المسألة.

وصورة تلك المسألة: رجل اشترى من آخر عبدا، وقتل قبل قبض المشترى، واختار المشترى إمضاء العقد، واتباع القاتل، فتويت القيمة على القاتل، فعلى قول أبى يوسف أولا -وهو قول محمد-: التوى على البائع، ويبطل البيع، ولايكون اختيار المشترى اتباع القاتل بالقيمة قبضًا منه، وعلى قول أبى يوسف الآخر -وهو قول أبى حنيفة-: يكون التوى على المشترى، ولا يبطل البيع، ويكون اختيار المشترى اتباع القاتل بالقيمة قبضًا منه.

١٣٢٤٠- وإذا اشترى سيفًا محلى فيه خمسون درهمًا بمائة درهم، أو بعشرة دنانير، ونقد الثمن، ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيئًا من حمائله، أو جفنه، فاختار المشترى أخذ السيف، وتضمين المفسد قيمة ما أفسد، فله ذلك، فإن قبض السيف أولا، ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده، لا يضره ذلك؛ لأن الواجب على المفسد بدل المبيع، وقبض بدل المبيع قبل افتراق المتعاقدين ليس بشرط، إنما ذلك فى الصرف خاصة، وهذا بمنزلة ما لو اشترى ثوبًا من آخر، فأحرق الثوب رجل قبل قبض المشترى إياه، واختار المشترى إمضاء العقد، واتباع المحرق، ونقد البائع الثمن، ثم افترقا البائع والمشترى قبل أن يقبض من المحرق شيئًا، لم يفسد البيع، وطريقه ما قلنا، وإن لم يقبض السيف، وفارق البائع، فالعقد يفسد فى الكل عندهم جميعًا فى حصة الحلية لكونه صرفًا لم يوجد فيه قبض البدلين، وإذا فسد العقد فى حصة الحلية، يثبت فى الباقى لما قلنا، هذا إذا فسد شيء منه، وأما إذا فسد الكل، بأن أحرقه بالنار، واختار المشترى اتباع المحرق، إن أخذ منه قيمة الكل، أو قيمة حصة الحلية قبل أن يفارق البائع، فالعقد جائز فى الكل، وإن لم يقبض قيمة الحلية حتى فارق البائع، فالمسألة على الخلاف على قول أبى يوسف آخرًا، وهو قول أبى حنيفة لا يبطل العقد أصلا، وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف: ولا يبطل.

١٣٢٤١- ولو أن رجلا اشترى من آخر قلب فضة بدينار، فقبل أن يقبض المشترى القلب جاء رجل، وهشمه، فقال المشترى: أنا آخذ القلب، وأتبع المفسد بضمان القلب، فله ذلك، وهذا مشكل؛ لأنه أثبت للمشترى ضمان النقصان مع أخذ القلب، وكان ينبغى أن لا يكون له ذلك؛ لأن بالهشم لا يزول شيء من الوزن، فيجب الضمان بمقابلة الجودة بانفرادها، ولا قيمة للجودة بانفرادها، ألا يرى أن المشترى إذا أخذ القلب ثم هشمه رجل، أو هشم رجل قلبًا مملوكًا للغير من الابتداء، واختار المالك أخذ القلب مع ضمان النقصان، ليس له ذلك، وطريقه ما قلنا.

والجواب أن فى مسألتنا إذا أخذ المشترى قدر النقصان يصير قدر النقصان مع القلب مبيعًا بالدينار، فكان العقد من الابتداء ورد على القلب مع قدر النقصان بالدينار، ولا يكون ربا، وأما إذا قبضه المشترى، ثم هشمه رجل، فالعقد قد انتهى بالقبض، فما يأخذ من الهاشم لا يصير مبيعًا، ولا يقابل شيء من الثمن والمتلف فى نفسه ليس بمتقوم، فيصير ربا -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثالث والعشرون
فى الصرف فى المعادن وتراب الصواغين يدخل فيه الاستئجار لتخلص الذهب والفضة من تراب المعادن

١٣٢٤٢ - ذكر عن الشعبى رضى الله تعالى عنه أنه قال: لا خير فى تراب الصواغين، وهذا عندنا إذا لم يعلم هل فيه شىء من الذهب أو الفضة أولا، فإن علم وجود ذلك فباعه بعرض، أو بجنس آخر، جاز عندنا، واعلم بأن تراب الصواغين أو المعادن لا يخلو عن أربعة أوجه: إما إن كان تراب ذهب، وفى هذا الوجه إن بيع بذهب، أو بذهب وفضة، لا يجوز، وإن بيع بفضة يجوز، وأما إن كان تراب فضة، وفى هذا الوجه إن بيع بفضة، أو بفضة وذهب لايجوز، وإن بيع بذهب يجوز، وأما إن كان تراب ذهب وفضة، وفى هذا الوجه إن بيع بذهب، أو فضة لايجوز، وإن بيع بذهب وفضة يجوز، فيصرف الجنس إلى خلاف الجنس، وأما إن كان لا يدرى أن فيه ذهبًا، أو لا يدرى أن فيه كليهما، أو أحدهما، وفى هذا الوجه لو بيع بذهب أو فضة لا يجوز، وكذلك إذا بيع بذه أو فضة لا يجوز.

١٣٢٤٣ - وإذا احتفر الرجل موضعًا من المعدن، ثم باع تلك الحفرة، فبيعه باطل؛ لأنه باع ما لا يملكه؛ لأنه ما احتفر هذا المكان ليملك رقبته، إنما احتفره ليملك مافيه، بخلاف ما لو احتفر حفيرة فى أرض موات بإذن الإمام؛ لأن احتفاره كان لتملك رقبته هذا، فقد باع ما يملك.

١٣٢٤٤ - وإذا كان لرجل على رجل دين، فأعطاه به ترابًا بعينه يدًا بيد، فإن كان الدين فضة، وأعطاه تراب الفضة، لم يجز؛ لأنه لو باع تراب الفضة بالفضة، لم يجز، فكذا إذا قضى الدين على هذا الوجه، فرق بين هذا وبين ما ذكر فى كتاب الصلح إذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين، فأعطاه الغريم دراهم مجهولة الوزن على سبيل الصلح، فإنه يجوز استحسانًا، فقد جوز هذا التصرف على وجه الصلح، ولم يجوزه على وجه القضاء، وإن أعطاه تراب ذهب جاز؛ لأنه لو باعه تراب ذهب بفضة جاز، كذا ههنا.

ولو اشترى تراب ذهب بتراب ذهب، أو تراب فضة بتراب فضة لا يجوز، ولو اشترى تراب ذهب بتراب فضة، أو على العكس يجوز، وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه.

١٣٢٤٥ - وإذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب، أو تراب فضة، فإنما عليه بمثل

ما خرج من التراب؛ لأنه هو المقصود، ويكون القول قول المستقرض فى مقدار ما خرج، ولو استقرضه على أن يعطيه ترابًا مثله لا يجوز؛ لأنه يكون بيع فضة بفضة مجازفة، وأنه لا يجوز، لما يتوهم فيه من الربا.

١٣٢٤٦- وإذا استأجر الرجل رجلا يخلص له ذهبا أو فضة من تراب المعادن، أو من تراب الصواغين، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يقول: استأجرتك لتخلص لى ألف درهم فضة من هذا التراب، أو قال: ألف مثقال ذهب من هذا التراب، ولايدرى أن ذلك المقدار هل يخرج من هذا التراب المشار إليه أو لا يخرج، فإنه لايجوز، وأما أن يقول: استأجرتك لتخلص الذهب والفضة عن هذا التراب بكذا، وإنه جائز، وإما أن يقول: استأجرتك لتخلص لى ألف درهم فضة من التراب، ولم يشر إلى التراب، فإنه لا يجوز أيضًا بمنزلة ما لو استأجره ليخيط له قميصًا بدرهم، ولم يعين الكرباس.

الفصل الرابع والعشرون
فى المتفرقات

١٣٢٤٧- قال محمد رحمه الله تعالى : إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم ، وزاد عليها دانقًا ، فوهبه له هبة ، ولم يدخله فى البيع [فهو جائز ، يريد بقوله : لم يدخله فى البيع][١] أن الهبة لم تكن مشروطة فى الشراء [إذ لو كانت مشروطة فى الشراء لأفسده الشراء][٢] ، وإنما جاز هذا التصرف لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لمكان الربا ، وإذا وهب الدانق منه ، فقد انعدم الربا ، قالوا : وإنما يصح هبة الدانق إذا كان الدرهم بحيث يضره الكسر ؛ لأنه حينئذ تكون هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة ، وإنها جائزة ، وأما إذا كانت الدراهم بحيث لا يضره الكسر ، لا يجوز الهبة ؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم قبل القسمة والتميز ، ولا يجوز بيع الذهب بالذهب مجازفة ، ولا بيع الفضة بالفضة مجازفة ، إذا لم يعلم وزنها ، أو وزن أحدهما ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام : «الفضة بالفضة مثل بمثل وزن بوزن والذهب بالذهب مثل بمثل وزن بوزن»[٣] ، فقد جعل المماثلة فى الوزن شرط جواز البيع ، ولم توجد المماثلة فى الوزن ههنا ، فإن وزنا ووجدا متماثلين .

فهذا على وجهين : إن وزنا فى مجلس العقد ، فالبيع جائز ، وإن وزنا بعد الافتراق عن المجلس لا يجوز العقد ، وهو نظير بيع الفضة بالفضة ، والذهب بالذهب إذا اعتدل البدلان فى كفة الميزان ، وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما ليتيقنا بالمماثلة وزنًا ، والمماثلة إذا وزن أحدهما بصاحبه ، أظهرهما إذا وزن كل واحد منهما بالسنجات عقد الصرف إذا فسد بسبب الافتراق عن المجلس قبل القبض ، لا يخرج المشترى عن ملك المشترى قبل الرد على البائع ، بيانه فى مسألة ذكرها محمد فى "الجامع" : رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين ، وقبض الإبريق ، ونقد دينارًا واحدًا ، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر ، فسد البيع فى نصف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) قد سبق تخريجه .

الإبريق، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الآخر، فإن حضر رجل بعد ما غاب بائع الإبريق، وادعى نصف الإبريق لنفسه، كان المشترى خصمًا له؛ لأن المشترى مالك جميع الإبريق؛ لأن السبب وإن فسد فى النصف لمكان الافتراق لايبطل ملكه فيه ما لم يرده؛ لأن فساد السبب فى الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض به، فأولى أن لا يمنع بقاء الملك فى المقبوض، فكان كل الإبريق ملكًا للمشترى، فيكون خصمًا للمدعى.

قال هشام: سألت[1] أبا يوسف رحمه الله تعالى عمن باع درهمًا بدرهم، ورجح أحدهما، وحلله صاحب الرجحان، قال: هذا جائز؛ لأنه لا يقسم، الحسن بن زياد عن أبى حنيفة: لا بأس ببيع خاتم فيه فص بخاتمين فيهما فصان، وكذلك السيف المحلى بسيفين، وقال أبو حنيفة: لا بأس ببيع المغشوش إذا ثبت، أو كان ظاهرًا يرى، وهو قول أبى يوسف، وقال فى رجل حمل على الفضة النحاس، فلا يبيعهما حتى يبين، قال: ولا بأس بأن يشترى ستوقة إذا بين، وأرى للسلطان أن يكسرها[2] لعلها تقع فى يدى من لا يبين.

بشر فى "الإملاء": عن أبى يوسف، وأكره للرجل أن يعطى الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والمزيفة والبخارية، وإن بين ذلك، وتجوز بهما عند الأخذ من قبل إن اتفاقهما ضرر على العوام، وما كان ضررًا عامًا، فهو مكروه، وليس يصلحه تراضى هذين الحاضرين من قبل ما يتجوز فيه من الدلسة على الجاهل به، ومن العاجز الذى لا يتحرج، وقال: كل شيء لا يجوز بين الناس فبأنه[3] ينبغى أن يقطع، ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه.

١٣٢٤٨- ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى تراب الصواغين بذهب، فلم يكن فيه ذهب، ولا فضة، فالبيع فاسد من قبل أنه اشترى ما فيه ليس البيع على التراب دون ما فيه، وإذا كان فيه ذهب وفضة، جاز البيع، وليس ينبغى للصايغ أن يأكل من ثمن ما باع من تراب الصياغة من قبل أن ما فيه متاع الناس إلا أن يكون قد زاد فى متاعهم حتى أوفاهم بقدر ما سقط منهم فى التراب، فإذا كان كذلك طاب لهم الفضل، وأكره للمشترى أن يشتريه حتى يخبر به الصائغ أنه قد أوفى الناس متاعهم من قبل إن علم المشترى محيط بأن

---

(١) وفى "م": قال هشام: سئل أبو حنيفة.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: يبينها.

(٣) هكذا فى الأصل و "ظ"، وكان فى "ف": فإنه، وكان فى "م": لا يجوز بين الناس فيه ينبغى.

الصائغ لا يملك ذلك.

١٣٢٤٩- ابن سماعة: إذا باع عشرة دراهم رضح بعشرة مكحلة لم يصح؛ لأن هذه تنقص وما فيها من الكحل ليس له ثمن، فيكون بما زاد من وزن النقص.

١٣٢٥٠- وفى "الإملاء": عن أبى يوسف[1]: رجل اشترى من رجل خاتمًا من فضة فيه فص بدراهم أو دنانير، وتقابضا، ثم قلع المشترى الفص من الفضة، والقلع لايضر بواحد منهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، رده، وأخذ بحصته من الثمن، وكذلك لو وجد بأحدهما عيبًا قبل أن يقلع الفص من الفضة، وأراد ردهما جميعًا، فليس له ذلك، ولكنه يقلع الفص من الفضة، ثم يرد الذى به العيب منهما، وإن كان المشترى قد قبضهما، ولم يدفع الثمن حتى وجد بأحدهما عيبًا، فإن شاء أخذهما، وإن شاء ردهما، وإن لم يجد بأحدهما عيبًا، ولكنهما افترقا قبل قبض الثمن، بطل البيع فى الفضة، ولزم المشترى الفص بحصته؛ لأن الذى بطل فيه البيع إنما بطل بترك المشترى دفع الثمن، وذلك لا يوجب الخيار له، ثم قال: والفص والفضة إذا كانا[2] إذا ميزا لم يضر ذلك بواحد منهما بمنزلة السمن فى الزق يباعان جميعًا، وبمنزلة الدقيق فى الجراب، وكذلك السيف المحلى أو المنطقة المحلاة، أو ما أشبه ذلك من الجوهر يكون فى الذهب، وكل شيء من ذلك كان نزعه لا يضر بواحد منهما، فكأنهما شيئان متباثنان فى جميع ما وصفت لك.

١٣٢٥١- وإذا اشترى خاتم فضة فيه فص بدراهم أو دنانير، وقبضهما، ثم ميزهما قبل الافتراق، أو بعده، والتمييز يضر به، وافترقا قبل أن يدفع الثمن، فالبيع فاسد فى ذلك كله، ويرد المشترى على البائع الفص، وما نقصه، وإن كانت الفضة نقصت مع ذلك، أو نقصت وحدها، ولا يقدر المشترى على ردها، ولكنه يغرم قيمتها مصوغة من الذهب إلا أن يشاء البائع أن يأخذها وحدها، ولا يغرم المشترى نقصانها؛ لأن المشترى حين قبض الخاتم قبل أن يميز الفص منه، والتميز يضر به، كان ذلك شيئًا واحدًا، وإذا بطل البيع فى بعضه، بطل فى كله.

١٣٢٥٢- وفى "المنتقى": اشترى خاتم فضة فى فص ياقوت بمائة دينار، فذهب الفص عند البائع، فإن هذا فى قياس قول أبى حنيفة أن يأخذ الحلقة بمائة دينار، أو يدع، ولو كان اشتراه بدراهم كان يأخذ الحلقة بوزنها من الفضة؛ لأنه لا يصلح أن يأخذها بأكثر من ذلك.

١٣٢٥٣- أبو سليمان عن أبى يوسف: إذا تصارف الرجلان دراهم بدنانير، وتقابضا،

---

(١) وفى "ف": عن محمد بدلا من عن أبى يوسف.

(٢) هكذا فى الأصل و "ظ" و "م"، وفى "ف": إذا كانا ميزا لم يضر ذلك.

وتفرقا، فوجدت الدراهم من صنف غير الذى اشترطه له، ففى قول أبى يوسف له أن يستبدلها إذا كان دون شرطه، وإن كانت خيرًا من شرطه، فليس له أن يستبدل، وكذلك إذا كانت مثلا للذى شرط، ينفق فى جميع البلدان، [والبيوع كما ينفق الذى شرط فى البيع، وإن كانت لا تنفق فى بعض البيوع، أو بلد من البلدن][(١)]، فله أن يستبدلها، وإن شاء تجوز بها، وأما فى قياس قول أبى حنيفة وإن كان فيها هذا النقصان، فهى بمنزلة النبهرجة، وإن كانت أكثر من الثلث، انتقص بحساب ذلك.

وفى "المنتقى": رجل اشترى عبدا بألف درهم، وأعطى بها مائة دينار قبل أن يقبض العبد، ثم تفرقا، ثم استحق قبل أن يقبضه، أو بعد ما قبضه، فقد بطل الصرف، وكذلك لو قبضه، ثم صارفه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ولو أن المستحق بعد ما استحق العبد، وقضى به له أجاز البيع أو لم يجز؛ لأن القضاء به له نقض البيع، ولو أجاز البيع قبل أن يقضى بدله، وأجاز الصرف، كان جائزًا، ولو أجاز البيع، ولم يجز الصرف، كان البيع جائزًا، والصرف أيضًا جائزًا فى قول أبى حنيفة، ويضمن البائع ألف درهم لرب العبد، ولا يجوز الصرف فى قول أبى يوسف، ويرد البائع الدنانير، ويأخذ ألف درهم.

١٣٢٥٤ - وفى "المنتقى": رجل صرف عشرة دنانير بعشرين درهمًا، وتقابضا، ثم أن بائع الدراهم وجد الدينار الذى قبضه ينقص قيراطًا، قال: له أن يرجع بدرهم حصة القيراط؛ لأن كل دينار عشرون قيراطًا، قال: وله أن يرد الدينار، ويأخذ دراهمه إن شاء؛ لأنه تعيب، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له غير الدينار بعينه، وأما فى قول أبى يوسف فإنه يرجع بنقصان الدينار، ثم إن شاء أمسك الدينار بعينه، وإن شاء رده، ورجع عليه بتسعة عشر جزءً من عشرين جزءً من دينار، فيكون لبائع الدينار جزء، ولهذا تسعة عشر، فيكون الدينار بينهما على ذلك.

١٣٢٥٥ - وفيه أيضًا: رجل باع من آخر قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم، فدفع القلب، ولم يقبض الدراهم حتى وهب مشترى القلب القلب منه، ينظر إن دفع مشترى القلب ثمن القلب قبل أن يفترقا صح البيع، وجازت الهبة، وإن تفرقا قبل أن يدفع ثمنه، انتقض البيع وبطلت الهبة، ويرجع القلب إلى بائعه، وصار ذلك مناقضة.

١٣٢٥٦ - وفى "نوادر ابن سماعة": رجل اشترى من آخر دينارًا بعشرين درهمًا، وقبض الدينار، ولم يدفع الدراهم حتى وهب الدينار لبائعه، ثم فارقه قبل أن يدفع إليه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الدراهم، قال: الهبة في الدينار جائزة، ولبائع الدينار على مشتريه دينار مثله.

١٣٢٥٧- وفي "المنتقى": رجل اشترى عشرة دراهم بدينار، ودفع الدينار، ولم يقبض الدراهم، ثم إن قابض الدينار وهب الدينار للدافع، ودفعه إليه، أو اشترى به منه فضة تبر، وتقابضا، ثم تفرقا قبل أن يقبض الدراهم الأول، ففيما إذا وهب الدينار، فالهبة باطلة، والبيع الأول باطل، ورجع الدينار الموهوب إلى صاحبه الذي دفعه بانتقاض الهبة، وليس له غيره، وفيما إذا اشترى به منه تبرًا، وتقابضا، فالشراء الآخر جائز، والأول باطل، وعلى قابض الدينار الأول مثله لقابض الدينار الآخر.

١٣٢٥٨- رجل صارف رجلا دينارًا بعشرة دراهم، وتقابضا، ثم إن قابض الدراهم وجد فيها درهمًا زيفًا، فدفعه إلى الصيرفي، وأخذ بدله مكانه، قال: لما دفعه إلى الصيرفي صار مناقصًا في الدرهم؛ لأن المصارف غائب، فينتقص من الدينار بحصته، ولو قبض درهمًا جيدًا أولا بدل الزيف، ثم دفع الزيف إليه، كان جائزًا.

١٣٢٥٩- وفي "المنتقى": رجل اشترى منطقة بمائة درهم على أن فيها خمسين درهمًا حلية، وتقابضا، وتفرقا، وقد شرط له أن حليتها فضة بيضاء، فكسر الحلية، فإذا هي سوداء، جاز ذلك عليه، ولم يرجع بشيء، وإن وجد بعض الحلية رصاصًا، فالبيع فاسد، وإن كان قد استهلك الحلية ضمن قيمتها من الذهب، وضمن قيمة الرصاص، ورد التبر، وإن كان ذلك بعض التبر، رد ما نقص التبر، ولو لم يجد فيها رصاصًا، ولكن وجد فيها أربعين درهمًا الحلية، فهو بالخيار، إن شاء ردها، وإن شاء رجع بعشرة دراهم، وإن وجد فيها ستين درهمًا جلية، فالبيع فاسد إذا كان قد تفرقا، وإن لم يتفرقا، ، فإن شاء المشتري زاد العشر، وجاز البيع، وإن شاء نقض البيع، ولو كان الثمن دنانير، فتفرقا، والمسألة بحالها، فالبيع جائز، كأنه باع قلب فضة بدينار على أنه عشرة دراهم، فإذا هو عشرون درهمًا، باع من آخر قلب فضة فيه عشرون درهمًا بدينار على أنها فضة بيضاء، فاستهلكه وهي فضة سوداء، ولم يعلم به المشتري، ثم علم لم يرجع بشيء في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: يرجع بفضل ما بينهما، ولو كان الثمن دراهم، لم يرجع بشيء.

١٣٢٦٠- رجل له على رجل ألف درهم غلة، فأخذها تسعمائة وضح ودينار، ثم افترقا، فاستحق الدينار، فإنه يرجع على الغريم بمائة درهم غلة، وإن استحق الدينار قبل أن يتفرقا، يرجع بدينار مثله، وكذلك الجواب فيما إذا كان مكان الدينار مائة فلس.

١٣٢٦١- ولو أن رجلا باع صيرفيا ألف درهم غلة تسعمائة وضح، وبمائة فلس،

وتقابضا، ثم استحقت الألف الغلة من يدى الصيرفى، ثم رجع الصيرفى على الذى اشترى منه الغلة بالتسعمائة الوضح [الذى أعطاه، فرجع عليه بمائة درهم غلة ثمن الفلس الذى أعطاه، وإن لم يتفرقا حتى استحقت الغلة، رجع الصيرفى على الرجل بألف غلة مثلها، وإن لم يستحق شيء من ذلك حتى افترقا، ثم استحقت المائة الفلس من الرجل، رجع على الصيرفى بمائة فلس مثلها، وإن لم يستحق الفلوس، ولكن استحقت التسع مائة الوضح بعد ما افترقا، رجع على الصيرفى بتسع مائة غلة، وإن استحقت التسع مائة الوضح، والمائة الفلس بعد ما تفرقا][1] رجع على الصيرف بتسعمائة عليه ثمن الوضح، ويرجع عليه بمائة فلس بدل الذى استحق، وإن استحق ما فى يد الرجل من الوضح والفلوس، واستحق ما فى يد الصيرفى من الغلة، فإن كان بعد ما افترقا، فقد انتقض البيع بينهما فى جميع الدراهم والفلوس، وإن كانا لم يتفرقا يرجع كل واحد منهما على صاحبه بمثل ما استحق من يده، والبيع تام.

ابن سماعة عن أبى يوسف: أن الرد بالعيب بعد القبض لا يبطل الصرف، وكذلك الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة موت العبد قبل أن يقبضه، وأما فى الرد بخيار الشرط بعد القبض يرجع بالدنانير التى أعطاه بدل الألف درهم الثمن.

١٣٢٦٢- وفى كتاب الصرف: إذا اشترى ألف درهم بعينها بمائة دينار، والدراهم بيض، فأراد مشترى الدراهم أن يتبرع على بائعه بالجودة، وأبى بائعه تبرعه، فله ذلك، قال شيخ الإسلام: وهو نظير ما لو أبرأه عن شيء من القلب، ورد عليه من أبرأه، كان له ذلك، قال أيضًا: وهو نظير ما ذكر فى "الجامع" إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأتاه بألف جياد، وأبى صاحب الدين أن يقبل [ذلك، ولا يجبر عليه، وإن أتى بجنس حقه وزيادة؛ لأنه تبرع عليه، فكان له أن لا يقبل][2] تبرعه ومنته، فكذا هذا، قال: وكذا لو اشترى منه ضربًا من الدنانير، وقال للبائع: أعطنى دنانير غيرها، لم يكن لهه ذلك، وإن كان ما طلب دون حقه، إلا أن يرضى الآخر دون حقه.

وفى "المنتقى": وللذى عليه السود أن يؤدى بيضًا هومثل السود وأجود منه، ويجبرمن له على القبول، وكذا من عليه البيض إذا أدى سودًا مثله، يجبر على القبول عند علماءنا الثلاثة.

١٣٢٦٣- قال هشام: سمعت محمدًا يقول: فى رجل له ابن صغير، قال: أشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابنى هذا بعشرة دراهم، ثم قام الأب قبل أن يزن العشرة، فإنه يبطل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الصرف بقيامه، قال : وسمعت أبايوسف يقول : رجل اشترى ديناراً بعشرة دراهم، وقبضه على أن الدينار مثقال وحبة، ثم افترقا، فوزن الدينار فإذا هو ينقص حبة هو مثقال سواء، فإنه يرجع على البائع بحصة الحبة من الدينار، أو يرد الدينار الناقص على البائع، ويأخذ منه ديناراً بوزن مثقال وحبة، ويكون البائع شريكه فى الحبة الزائدة.

١٣٢٦٤ - المعلى فى "نوادره" : عن أبى يوسف : رجل اشترى من رجل ديناراً بعشرة دراهم، وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد الدينار ينقص وزنه العشرة، قال : إن كان نقصان الدينار عيبًا بالدينار، رده المشترى على البائع، وأخذ منه ديناراً وزنًا، وأخذ منه عشر الثمن، وكان للمشترى فى الدينار تسعة أعشاره، وللبائع العشر، وإن كان نقصان الدينار ليس بعيب فى الدينار، رجع المشترى على البائع بعشر الدراهم، ولزمه الدينار، وإذا كان عند رجل ألف درهم وديعة، فاشترى بها مائة دينار، وأجاز صاحب الوديعة الشراء قبل أن يتفرقا، جاز، وله على المستودع ألف درهم، وإن أجازه بعد ما افترقا، فإن شاء صاحب الوديعة ضمن ماله المستودع، ويجوز البيع، وإن شاء ضمن بائع الدينار، وانتقض الصرف.

١٣٢٦٥ - الحسن بن زياد عن أبى يوسف : رجل له على رجل ألف درهم، فاشترى منه مائة دينار بألف درهم، ثم تقابضا بما عليه، قال أبو يوسف : إن تقاصا قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل أن يتقاصا بطل، وهو قول أبى حنيفة.

١٣٢٦٦ - المعلى عن أبى يوسف : رجل دفع إلى رجل درهمًا، وقال : أبدله لى وأخذه منه، وضاع منه قبل أن يبدله، قال : هو ضامن له.

رجل دفع إلى رجل دينار، وأمره أن يبيعه، ودفع إليه آخر ثوبه، وأمره أن يبيعه، فعمد المأمور، فباع الدينار والثوب صفقة واحدة، وقبض بعض الثمن، ثم توى ما بقى على المشترى، توى من مال صاحب الثوب.

١٣٢٦٧ - ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : اشترى من آخر ألف درهم بمائة دينار، وصدق كل واحد منهما صاحبه بالوزن، وتقابضا يعنى قبل الوزن، فهذا جائز، وينتفع كل واحد منهما بما اشتراه، ولو قال : بعنى هذه الدراهم التى فى يديك بهذه الدنانير التى فى يدى، ولم يسميا عددا، ولاوزنًا، وتقابضا، جاز لكل واحد منهما أن ينتفع بما اشترى قبل الوزن والعدّ، وهذا بيع مجازفة، وإن قال : بعنى ألف درهم، وتقابضا بغير وزن وصدق كل واحد منهما صاحبه أن هذا المقبوض ألف درهم، ثم وزن كل واحد منهما قبل التفرق، أو بعده، فوجداها سواء فسواء، فهذا جائز، ولو لم يصدق كل واحد منهما صاحبه، وتفرقا ثم

وزنا، وكانا سواء، لم يجز من قبل أنهما قد تفرقا على غير علم بأنها قد استوفياه، ألا يرى أن رجلا لو باع رجلا درهمًا في كيس بدراهم في كيس، فإن وزناها قبل أن يتفرقا، وكان سواء، فالبيع جائز، وإن تفرقا قبل أن يزناها، فالبيع فاسد.

١٣٢٦٨- إذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم، ثم باعها بربح درهم لا يجوز، ولو باعها بربح قيراط ذهب جاز.

١٣٢٦٩- رجل باع من رجل ثوبًا ونقرة فضة بخمسين درهمًا على أن النقرة ثلاثون، فإذا هي خمسون، فإنه يقطع له من النقرة ثلاثون، وإن كان مكانها إناء وقلبًا، فإن علم وزنه قبل أن يفترقا، فالمشتري بالخيار، إن شاء أعطاه عشرين درهمًا أخرى، وإن كانا قد افترقا كان شريكه في القلب، وللمشتري ثلاثة أخماسه.

بشر عن أبي يوسف: رجل باع سيفًا محلى من رجلين بمائة درهم، وحلية السيف خمسون درهمًا، فقبض أحدهما خمسة وعشرين درهمًا بغير إذن شريكه، ثم افترقا، فإن هذا النقد من الناقد، وينقد خمسة وعشرين درهمًا أخرى، ويكون له نصف السيف، وانتقض البيع في حصة الآخر، وهذا قول أبي يوسف، وأما في قياس قول أبي حنيفة: فالنقد عنهما جميعًا، وفسد البيع كله، ورجع الناقد على البائع بما أعطاه، وإن شاء رجع على شريكه بنصفه، ثم اتبع البائع بخمسة وعشرين.

١٣٢٧٠- وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار، وصدق كل واحد منهما صاحبه في الوزن، وتقابضا، وتفرقا قبل أن يتوازنا، فالبيع فاسد، وقد ذكرنا قبل هذا قول أبي يوسف في غير هذه الصورة: إنهما إذا تفرقا، وكل واحد منهما مصدق لصاحبه، ثم توازنا، فهو جائز.

١٣٢٧١- وإذا أقرض الرجل رجلا ألف درهم، وأخذ بها كفيلا، ثم أن الكفيل صالح الطالب على عشرة دنانير، وقبضها، فهو جائز؛ لأن الكفيل قائم مقام الأصيل، والأصيل لو صالح عن الألف الدرهم على عشرة دنانير جاز إذا قبض الدنانير في المجلس، فكذا إذا صالح الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بالدراهم؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالصلح، ولو ملك ما في ذمته بالأداء، أو بالهبة، رجع على الأصل، فكذا إذا ملكه بالصلح، ولو أن الكفيل صالحه على مائة درهم، لم يرجع على الأصيل إلا بمائة درهم، وإنما كان كذلك؛ لأن هذا الصلح في معنى إبراء الكفيل عما زاد على المائة، ولو أبرأ الكفيل عن الكل، لا يرجع على الأصيل بشيء، فكذا إذا أبرأه عما زاد على [المائة لا يرجع على الأصيل بما زاد على المائة، فإن

قيل: إذا كان هذا إبراء الكفيل عما زاد على][1] تسعمائة، وإبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، كان يجب أن يكون للطالب حق الرجوع على الأصيل بتسعمائة، كما لو قبض من الكفيل مائة، وقال له: أبرأتك عن تسعمائة، وليس كذلك بالإجماع، قلنا: البراءة عن التسعمائة إنما ثبت من حيث إن الصلح يجوز بدون الحق، وفى التجويز بدون الحق معنى استيفاء البعض والإبراء عن الباقى، فيجعل هذا كالمنصوص عليه، كأنه قال: تجوزت بدون الحق، وإنما يقع التجوز بدون الحق إذا برئ الأصيل عما وراء المستوفى، فصرفنا الإبراء إليهما لهذه الضرورة، صار كأنه قال للكفيل وقت الصلح: استوفيت منك مائة درهم، وأبرأتك والأصيل عن تسعمائة، ولو نص على هذا كان لا يرجع الطالب على المكفول عنه بشىء، كذا هنا، بخلاف ما لو صالحه على عشرة دنانير؛ لأن هنا؛ الكفيل ملك جميع ما فى ذمته بالدنانير العشرة؛ لأن الدنانير العشرة يصلح بدلا عن الألف الدرهم، فصار بمنزلة ما لو ملك ما فى ذمته بالأداء، وهناك الكفيل [يرجع على الأصيل بالألف، فكذا إذا ملك له ما فى ذمته بالصلح، أما فى مسألتنا بخلاف هذا الذى ذكرنا إذا صالح الكفيل][2] مع الطالب، فأما إذا صالح الكفيل مع الأصيل على عشرة دنانير، وذلك قبل أن يؤدى الكفيل شيئًا إلى الطالب صح الصلح إذا قبض الكفيل الدنانير من الأصيل، لما عرف أن الكفالة إذا كانت بأمر يوجب دينار للكفيل على الأصيل، لكن مؤجلا إلى أن يؤدى الكفيل شيئًا إلى الطالب، فإذا هم صالح الكفيل مع الأصيل، فإنما صالح على دين له مؤجل، والصلح عن الدين المؤجل صحيح بشرط قبض بدل الصلح فى المجلس، ثم صالح الكفيل مع الأصيل لا يوجب سقوط مطالبة الطالب، لا عن الكفيل، ولا عن الأصيل، فيطالب الطالب إن شاء الأصيل، وإن شاء الكفيل، فإن طالب الكفيل، وأخذ منه الألف، لا يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأن الأصيل ملك ما كان للكفيل فى ذمة الأصيل بالصلح، فيعتبر كما لو ملكه بالأداء، ولو ملكه بالأداء، فإن أدى الأصيل دين الكفيل قبل أداء الكفيل دين الطالب، ثم أخذ الطالب من الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل بشىء، كذا هنا، وإن طالب الأصيل، وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع على الكفيل بالألف، إلا أن يشاء الكفيل أن يعطى الأصيل الدنانير التى أخذها منه، وهذا لأن الكفيل صار مستوفيًا الدراهم من الأصيل بهذا الصلح؛ لأنه أخذ الدنانير بدلا عن الدراهم، والبدل قائم مقام المبدل، فيعتبر بما لو صار مستوفيًا الدراهم بجنسه، بأن دفع الأصيل إلى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الكفيل الألف الدرهم، وهناك الطالب إذا رجع على الأصيل، وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع بما أدى على الكفيل؛ لأن الأصيل إنما أدى الألف الدرهم إلى الكفيل يستفيد البراءة عن دين الطالب، ولم يستفد فكان له الرجوع بما أدى، كذا ههنا.

ثم قال: إلا أن يشاء الكفيل أن يعطى الأصيل الدنانير التى أخذها منه، معناه إذا قال الكفيل للأصيل حين أراد الأصيل أن يرجع عليه بالألف الدرهم: أنا أعطيك الدنانير التى أخذتها منك، ولا أعطيك الألف الدرهم، فللكفيل ذلك؛ لأن الكفيل يقول للأصيل: أنا أخذت منك الدراهم بطريق الصلح، ومبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق، [وإنما رضيت بأنا بالتجوز بدون الحق، بشرط أن أكون أنا المباشر لقضاء دين الطالب لعلمى أن الطالب يرضى عنى بدون الحق](١)، فإذا باشرت أنت وأردت الرجوع على بجميع الألف، فقد فات غرض هذا الصلح، فلا أرضى به، وهذا يصلح حجة للكفيل، فلهذا كان له الخيار بين أن يعطى الطالب الألف الدرهم وبين أن يعطيه العشرة الدنانير، قد ذكرنا مسألة الإقالة فى الصرف فى صدر الكتاب.

١٣٢٧٢- قال الحاكم أبو الفضل فى "المنتقى": روى عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا تجوز الإقالة فى الصرف، قال: لأنه ليس هنا مشترى -والله أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.



فهرس الموضوعات
للمجلد العاشر من المحيط البرهانى

*****